

Tilburg University

Inleidingsrede, uitgesproken bij de presentatie van het ontwerp van de regeringscommissie / J.E.M. Portalis. Vertaald uit het Frans, toegelicht en besproken door Bert van Roermund, Fernand Tanghe en Harry Willekens

Portalis, J.E.M.; van Roermund, G.C.G.J.; Tanghe, F.E.M.; Willekens, H.J.M.

Publication date:
1994

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Portalis, J. E. M., van Roermund, G. C. G. J., Tanghe, F. E. M., & Willekens, H. J. M. (Eds.) (1994). *Inleidingsrede, uitgesproken bij de presentatie van het ontwerp van de regeringscommissie / J.E.M. Portalis. Vertaald uit het Frans, toegelicht en besproken door Bert van Roermund, Fernand Tanghe en Harry Willekens.* W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

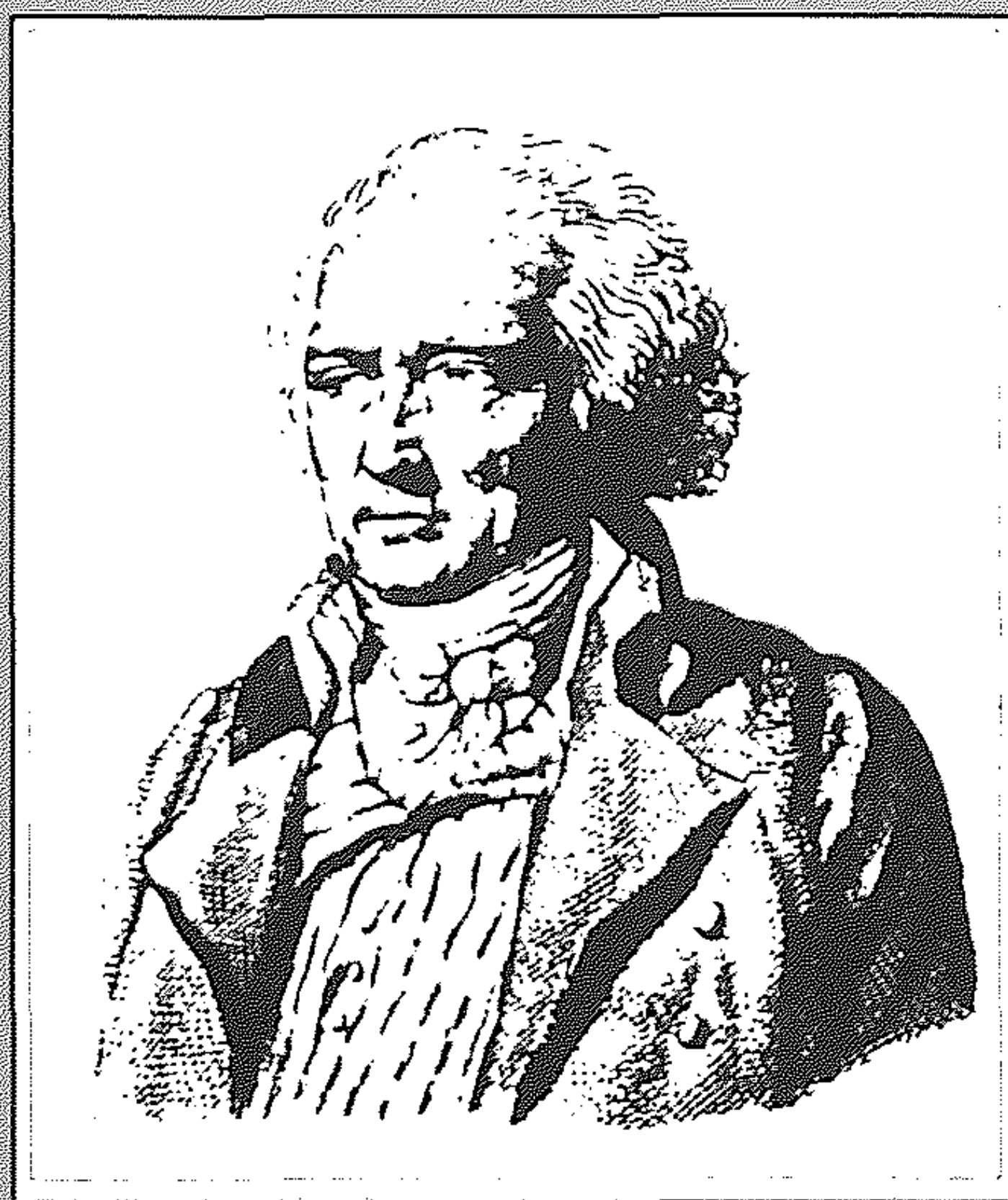
Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

J.E.M. PORTALIS

INLEIDINGSREDE

uitgesproken bij de
presentatie van het
ontwerp van de
regeringscommissie



Vertaald, toegelicht en besproken door

BERT VAN ROERMUND

FERNAND TANGHE

HARRY WILLEKENS

W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle

J.E.M. Portalis
Inleidingsrede

*'Zo ergens de onmatige gedrevenheid om commentaar te geven, te
discussiëren en te schrijven vergeeflijk is, dan in de rechtsgeleerdheid'*

*Voor Herman Schoordijk bij zijn
afscheid als hoogleraar burgerlijk
recht te Tilburg*

J.E.M. PORTALIS

INLEIDINGSREDE

uitgesproken bij de presentatie van het ontwerp
van de regeringscommissie

Vertaald, toegelicht en besproken door

BERT VAN ROERMUND

FERNAND TANGHE

HARRY WILLEKENS



W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

© 1994 B. van Roermund, F. Tanghe, H. Willekens, W.E.J. Tjeenk Willink.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLOTHEEK, DEN HAAG

Portalis, J.E.M.

Inleidingsrede, uitgesproken bij de presentatie van het ontwerp van de regeringscommissie / J.E.M. Portalis e.a. ; vert. [uit het Frans], toegel. en besproken door Bert van Roermund, Fernand Tanghe, Harry Willekens. - Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink
ISBN 90 271 3896 6

NUGI 692

Trefw.: Portalis, Jean Etienne Marie 'Discours préliminaire / burgerlijk recht ; Frankrijk ; geschiedenis ; 18e eeuw.

Inhoud

Voorwoord	VII
<i>H. Willekens – B. van Roermund</i>	
Toelichting op tekst en auteur	1
1 De plaats van het <i>Discours</i> in de wordingsgeschiedenis van de <i>Code Napoléon</i>	1
2 Portalis – korte levensbeschrijving	2
3 De vertaalde tekst	6
<i>J.E.M. PORTALIS</i>	
INLEIDINGSREDE UITGESPROKEN BIJ DE PRESENTATIE VAN HET ONTWERP VAN DE REGERINGSCOMMISSIE	
Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville	9
<i>H. Willekens</i>	
De bijzondere plaats van het familierecht in het <i>Discours</i>: interpretatie van een kronkelig betoog	65
1 Het <i>Discours</i> over het familierecht	67
2 Vanwaar de kronkelwegen van het <i>Discours</i> ?	82
<i>F. Tanghe</i>	
Belang en passie in de rechtsvisie van Portalis	101
1 Geen eenduidige oppositie van belang en passies	104
2 Hoe de wetgever het register der passies ‘bespeelt’	109
3 De ambivalentie van ‘la douceur du commerce’	115
4 Belangenafweging	124
5 Het twijfelachtig statuut van algemeen belang	131
6 Enkele bedenkingen tot besluit	139
<i>B. van Roermund</i>	
Filosofie en recht; de vrees van Portalis	143
1 Filosofie in het <i>Discours préliminaire</i>	147

Inhoud

2 'Esprit philosophique' en filosofie	150
3 Kennis	153
4 Gezonde filosofie	155
5 De basis van het recht: Portalis en Rousseau	159
6 Zekerheid, bezit en eigendom	164
7 Filosofie in het <i>Discours</i>	168

Voorwoord

Het *Discours préliminaire* van Portalis is voor juristen een klassieke tekst, ontstaan aan de bron van het hedendaagse burgerlijk recht en de moderne rechtsstaat. Tenminste twee kenmerken heeft de tekst gemeen met het Algemeen Deel van Scholten: hoewel aangekondigd als een beschouwing bij het burgerlijk recht, gaat de tekst in feite grotendeels over de grondslagen van het recht als zodanig; en hoewel steeds weer dezelfde passages veelvuldig geciteerd worden, wordt de integrale tekst zelden gelezen.

In 1953 werd een substantieel gedeelte voor het laatst in Nederland gepresenteerd, doch in de Franse taal. Het studentenblad *Ars Aequi* was het medium. Blijkbaar mocht men vertrouwdheid met zowel het Frans als met de historische en theoretische grondslagen van het recht veronderstellen bij de toenmalige studentengeneratie. Noch het een, noch het ander is op dit moment vanzelfsprekend. In de voorliggende band wordt daarom de tekst in vertaling aangeboden, voorzien van toelichtende aantekeningen en gevolgd door drie beschouwingen over fundamentele aspecten van het betoog. Wij hopen dat hij daardoor opnieuw gaat leven, niet alleen als historisch monument, maar ook als brandpunt van discussie in de actuele grondslagenproblemen van recht en staat.

Het project om 'Portalis' opnieuw te gaan lezen vond zijn oorsprong in de behoefte aan onderlinge kennismaking en gesprek tussen de drie vertalers, toen ze elkaar troffen als verantwoordelijken voor rechtsfilosofie in Tilburg (1990). Het idee zelf van een vertaling dateerde van een eerder moment en werd geopperd in de samenwerking tussen Van Roermund en Foqué (thans hoogleraar Inleiding, Rechtstheorie en Rechtsfilosofie aan de Erasmus-Universiteit te Rotterdam) rond een cursus rechtsfilosofie aan de Juridische Faculteit te Tilburg in de periode 1988–1989. Deze laatste was toen al geruime tijd met een systematische en breed opgezette studie over het juridische denken bezig, waaruit ondertussen verschillende publicaties – deels in samenwerking met A.C. 't Hart – zijn voortgekomen die mede op Portalis betrekking hebben.

Portalis' tekst bleek een uitstekend gezamenlijk referentiepunt

voor de zeer uiteenlopende achtergronden en interesses van de nieuwe groep rechtsfilosofen in Tilburg. Maar hoe belangrijk deze locale relevantie ook moge zijn in een tijd waarin de vrijmoedige vakdiscussie onder druk staat van vergaderingen over onderzoek-programma's en aantallen gepubliceerde-pagina's-per-uur, het eigenlijke belang van dit project strekt verder. Het valt immers niet te ontkennen dat het *Discours préliminaire* alleszins het lezen waard is in het perspectief van de hedendaagse rechtsontwikkeling, in het bijzonder waar die ontwikkeling het wetsbegrip als zodanig tot kern heeft. Men denke aan discussies over het rechtskarakter van zogenaamde 'beleidsregels' in het bestuursrecht, over de toenemende instrumentalisering van het strafrecht, over de rol van de goede trouw in het contractenrecht.

Het lezen waard: dat geldt niet alleen voor het gedachtengoed dat in het *Discours* ontwikkeld wordt, de behoedzame verbinding tussen revolutie en traditie via de fundamentele begrippen van het (burgerlijk) recht. Het geldt minstens zozeer voor de breuklijnen en ambivalenties die een dergelijke poging achterlaat: in de tekst van het *Discours*, in de wettekst en uiteindelijk ook in ons rechtssysteem. Die vaststelling is onderbouwd door de beschouwingen van Foqué en 't Hart in *Instrumentaliteit en Rechtsbescherming* (1990); ze is onderstreept door het Rotterdams-Brusselse colloquium *De Franse Revolutie en de Grondslagen van Recht en Staat* (1989). Wij hopen dat onze vertaling aansluit bij de aangekondigde publicatie van de referaten van dit colloquium.

Er is echter in Nederland een wel zeer bijzondere reden voor hernieuwde aandacht voor de bronnen van het burgerlijk wetboek. De invoering per januari 1992 van het laatste substantiële deel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek noodt zeker tot bezinning op en herbronning van de gedachten die aan de codificatie van het burgerlijk recht ten grondslag kunnen liggen. Scherper dan ooit is men er zich immers van bewust dat dit wetboek – zoals Scholten het ooit uitdrukte – een rustig bezit mag zijn, doch alleen als de fundamentele ervan voortdurend opnieuw overdacht worden in confrontatie met de actuele rechtsontwikkeling. Onze Belgische collega's zullen vanuit hun rechtsgebied zich zeker niet onbetuigd laten in de kritische bijdrage aan deze bezinning en daarbij wellicht beter dan menig Nederlander in staat zijn de continuïteit met de *Code civil* en de Franse traditie in het oog te vatten.

Juist vanwege zijn grote bijdrage aan de reflexieve omgang met

Voorwoord

het burgerlijk recht in de meest brede zin stellen wij het op prijs dit boek op te dragen aan professor mr. H.C.F. Schoordijk, die op de vooravond van het NBW-jaar 1992 afscheid nam als hoogleraar burgerlijk recht en handelsrecht aan de Tilburgse faculteit der rechtsgeleerdheid.

Tenslotte danken wij mevrouw B. van Gisbergen-van den Koe-dijk en mevrouw M. van Dinteren, beiden verbonden aan het bureau van de Faculteit der Wijsbegeerte te Tilburg, die de kopij druk-klaar hebben gemaakt.

Tilburg, januari 1993

B. van Roermund

F. Tanghe

H. Willekens

Toelichting op tekst en auteur

1. De plaats van het *Discours* in de wordingsgeschiedenis van de *Code Napoléon*.

Reeds tijdens het Ancien Régime werd in Frankrijk menige codificatiepoging ondernomen: de ordonnantiën van Colbert (1667–1681) maakten het handelsrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht een, de ordonnantiën van Daguesseau (1731–1747) coördineerden bepaalde onderdelen van het burgerlijk recht (de schenkingen en testamenten en de erfstellingen over de hand). Tot een codificatie van het burgerlijk recht in zijn algemeenheid was het echter niet gekomen. Zo'n codificatie veronderstelde dat een compromis zou worden gevonden tussen het Romeinsrechtelijk geïnspireerde recht van het Zuiden en het costumiere recht van het Noorden, en, in tweede instantie, tussen de verschillende en soms uiteenlopende regionale en lokale costumen. Het centrale gezag was onder het Ancien Régime niet sterk genoeg om de verschillende streken tot zo'n compromis te dwingen; de adel en de geestelijkheid, de dominante standen, hadden vaak belang bij de verdediging van het bestaande regionale (gewoonte)recht.

Tijdens de Franse Revolutie werd de codificatiegedachte met hernieuwd enthousiasme opgenomen. De *Assemblée Nationale Constituante* besliste in 1790 een burgerlijk wetboek te doen opstellen. Een commissie onder het voorzitterschap van de vooraanstaande jurist en revolutionair politicus Cambacérès leverde achtereenvolgens drie ontwerpen van burgerlijk wetboek af (1793–1795), maar geen van de drie kwam tot enig resultaat. Het eerste ontwerp, opgesteld in een gematigd revolutionaire geest, werd aan de *Convention* voorgelegd in de periode waarin de Jacobijnen het overwicht kregen in de revolutionaire politiek. Zij stonden erop dat een burgerlijk wetboek uitsluitend uitdrukking zou geven aan de algemene revolutionaire principes en door elke burger zou kunnen worden begrepen. Zij achtten het eerste project Cambacérès te conservatief en vooral te ingewikkeld. De commissie Cambacérès slankte het ontwerp vervolgens af tot niet meer dan 297 artikelen, maar on-

dertussen vond een nieuwe machtswisseling plaats en werden de leiders van de Jacobijnen geëlimineerd. Nu werd het ontwerp te schematisch en te revolutionair bevonden. Een derde ontwerp, opnieuw langer en genuanceerder, en een vierde ontwerp, geproduceerd door de commissie Jacqueminot (1799), vonden bij de nieuwe politieke machthebbers (het *Directoire*), die weinig belangstelling betoonden voor de codificatie, geen bijval.

Het codificatieproces werd gerevitaliseerd na de machtsgreep van Napoleon. Napoleon oefende de macht uit als Eerste Consul; de Tweede Consul in 1799–1800 was Cambacérès. Deze overtuigde Napoleon ervan een nieuwe commissie van vier juristen op te richten met als opdracht binnen de kortst mogelijke tijd een ontwerp Burgerlijk Wetboek voor te leggen. De commissie bestond uit twee vertegenwoordigers van 'le pays de droit écrit', Portalis (1747–1807) en Maleville (1741–1824), en twee vertegenwoordigers van 'le pays de droit coutumier', Tronchet (1726–1806) en Bigot Préameneu (1747–1823). In het korte tijdsbestek van vier maanden redigeerden zij het uiteindelijke ontwerp van de *code civil*. Het werd aan de *Conseil d'Etat* voorgelegd voorafgegaan door het *Discours préliminaire*, waarvan dit boek een vertaling en een commentaar biedt. Het *Discours*, voornamelijk het werk van Portalis, had de ambitie de algemene filosofie van het wetboek neer te zetten.

In de loop van zijn bespreking in de verschillende staatsorganen die hun advies dan wel oordeel moesten geven, werd het ontwerp inhoudelijk op een aantal punten bijgesteld.¹ De inleidende titel van het ontwerp (waarop het eerste deel van het *Discours* betrekking had en die oorspronkelijk bestond uit 37 artikelen strekkende tot de formulering van algemene beginselen van het recht) werd gereduceerd tot 6 artikelen, waarin de filosofische stellingnamen tot een minimum beperkt zijn. Op 21 maart 1804 werd de *code civil* afgekondigd.²

1. Zie, voor het familierecht, de bijdrage van H. Willekens in deze bundel.

2. Bronnen: GILISSEN, J., *Historische inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 316–321 en 421–427; SAGNAC, P., *La législation civile de la Révolution Française*, Glashütten im Taunus, 1971 (1898), 47–55 en 381–398; VAN CAENEGEM, R., *Geschiedkundige inleiding tot het privaatrecht*, Gent, Story, 1–8.

2. Portalis – korte levensbeschrijving

Jean Etienne Marie Portalis (1746–1807) was afkomstig uit een gegoede familie in de Provence. Zijn vader doceerde canoniek recht aan de universiteit van Aix-en-Provence. De jongen deed zijn humaniora in Toulon en Marseille bij de Oratorianen. Op 17-jarige leeftijd publiceerde hij reeds twee kleine werken die weliswaar zijn even scherpe als gematigde geest verrieden (het ene over Rousseau's *Emile*, het andere over vooroordelen), maar die door de kritiek toch vooral als te vroeg rijpe pennevruchten van een veelbelovend jongmens werden gezien. Na zijn rechtenstudie te Aix ging hij de advocatuur in, waar hij zich onderscheidde door zijn juridisch fijnzinnige en filosofisch diepzinnige wijze van argumenteren, wars van schoolse subtiliteiten. Zijn grote kracht was juist dat hij juridische redeneringen vanuit filosofische inzichten wist op te zetten en ze daarmee in politiek-gevoelige discussies gezag wist te geven. Al op jonge leeftijd stond hij in hoge achting bij oudere confrères en bij hooggeplaatste personen in de provincie. Ook nam hij met publicaties deel aan de grote politieke debatten van die tijd. Zo schreef hij een boek over de scheiding van kerk en staat en een zeer geprezen (en op het edict van 1787 invloedrijk) preadvies over de geldigheid van het protestantse huwelijk. Opmerkelijk is dat dit laatste geschrift ook van hyperkritische auteurs als Linguet en Voltaire alle lof ontving vanwege de gedegen betoogtrant. Gedurende korte periodes bekleedde hij bovendien bestuurlijke en vertegenwoordigende functies.

Het aandeel van Portalis in de revolutionaire gebeurtenissen van 1789 en volgende jaren kan nauwelijks anders dan 'lijdend' worden genoemd. Door een diepgaand conflict met Mirabeau³ is er voor hem geen plaats in de vergadering van de Staten-Generaal van 1789. In augustus 1790 trekt hij zich terug op het platteland om zich aan de opvoeding van zijn zoon te wijden en te schrijven. Trouw als hij is aan zijn overtuigingen – zijn gematigdheid, zijn katholieke geloof, zijn loyaliteit aan de koning – zowel als aan zijn vele vrienden uit de eerste en tweede stand, komt hij door de revolutionaire perikelen in persoonlijk gevaar in zijn geboortestreek.

3. Hij had zich met succes ingezet voor diens ex-vrouw in een echtscheidingsprocedure; bovendien was hij in een andere procedure in aanvaring gekomen met de Orde van Malta, waarmee Mirabeau nauw verbonden was.

Hij wijkt via Lyon en Villefranche uit naar Parijs, omdat hij daar denkt te kunnen onderduiken in de massa. Het mag niet baten. Hij komt samen met zijn broer in 1794 in de gevangenis terecht en alleen de val van Robespierre redt op het laatste moment het leven van beiden.

Na zijn vrijlating zet hij zich met kracht in voor de slachtoffers van de revolutie en voor het terugdringen van de bestuurlijke terreur, ook wanneer hij, juist vanwege deze pleidooien, afgevaardigd wordt in de wetgevende vergadering en vervolgens in de Raad der Ouden. Zijn verzet tegen de machtsgrepen van het *Directoire* is steeds gemotiveerd door wat men tegenwoordig beginselen van de rechtsstaat zou noemen: de onderworpenheid van de overheid aan de wet. In het bijzonder keert hij zich tegen de discriminatie van verwanten van uitgewekenen, tegen de verbeurdverklaring van hun bezittingen en tegen de vervolging van de geestelijken. Reeds in deze periode heeft hij overigens te kampen met een sterk teruglopend gezichtsvermogen. Hij kan slechts met grote moeite lezen of schrijven. Dat lijkt hem echter nauwelijks te hinderen: hij dicteert zijn teksten, laat ze ter voorbereiding voorlezen en spreekt ze vervolgens in het openbaar uit zonder ook maar één woord weg te laten. Hij moet een buitengewoon geheugen gehad hebben.

Zijn welsprekend, waardig en dikwijls succesvol optreden duurt tot aan de staatsgreep van 1797 (18 Fructidor). Die datum betekent een nieuwe periode van direct en persoonlijk gevaar. Portalis ontsnapt ternauwernood aan de gevangenis en begeeft zich (via Zürich en Freiburg im Breisgau) op uitnodiging van een oude vriend naar een kasteel in Noord-Duitsland⁴ (1798). Hij treft er een kring van inspirerende geesten, waaronder enkele 'émigrés' en de Duitse filosoof Jacobi. Hier 'schrijft' (dicteert) hij zijn werk *De l'usage en de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*. Daarin verantwoordt hij zijn gematigdheid, zijn afkeer van de revolutionaire sentimenten, alsook van de 18e-eeuwse 'filosofismen'. Het boek werd pas veel later door zijn zoon gepubliceerd (Parijs, 1820; twee latere uitgaven: 1827 en 1831) en is in vele talen vertaald.⁵

Portalis zelf kan in februari 1800 naar Parijs terugkeren na de staatsgreep van 18 Brumaire. Hij wordt door Napoleon praktisch

4. Emkendorf, ten zuid-westen van Kiel.

5. Voor een gedeeltelijke weergave van dit werk: zie het opstel van Van Roermund verderop in deze bundel.

onmiddellijk benoemd tot regeringscommissaris, adviseur van de staat en lid van de commissie die het burgerlijk wetboek moet gaan herzien. Hij heeft grote bemoeienis met het concordaat van Napoleon met de paus (1802) en met de concrete uitvoering daarvan, waarbij de kerk en de geestelijkheid weer enig leven kregen, maar streng van hun eventuele aspiraties omtrent de wereldlijke macht en het statuut van staatsgodsdienst werden afgehouden. Zijn grote kennis van het canonieke recht, maar ook zijn alom bekende en openlijk beleden katholieke levensovertuiging waren belangrijke bijkomende factoren om de precare aangelegenheden tussen kerk en staat met succes te behandelen.

Naast deze taak om 'de hemel met de revolutie te verzoenen', is er dan uiteraard zijn werk aan het ontwerp van een Burgerlijk Wetboek, de toelichting daarop en de verdediging ervan in de wetgevende vergadering. De bekendste daarvan bewaarde tekst is ongetwijfeld het *Discours préliminaire*. Hoewel het ondertekend is door de vier leden van de ontwerp-commissie, verklaart zijn zoon in zijn levensbeschrijving dat Portalis in feite de auteur is geweest.⁶ De onvoorwaardelijke politieke steun van Napoleon was bij deze redigerende wetgevingsarbeid weliswaar onontbeerlijk, maar allereerst imponeren de gedegenheid en trefzekerheid van de voorgestelde regelingen, de afgewogenheid van de redengevingen, de gematigde en objectieve houding tegenover zowel de nieuwe, door de revolutie voortgebrachte praktijken en de oude geplogenheden. Beide probeerde hij op hun waarde te schatten en niet bij voorbaat te veroordelen.

De waardering voor het werk van Portalis kwam nog tijdens zijn leven tot uiting. Een maand na de overlegging van het Ontwerp werd hij opgenomen in de *Conseil d'Etat*. In 1806 werd hij opgenomen in de Académie Française. De schatplichtigheid van het openbaar bestuur bleek in het bijzonder eerbetoon na zijn overlijden op 25 augustus 1807: een immense stoet vertegenwoordigers van alle standen en staatslichamen bij de begrafenis, bijzetting van zijn stoffelijk overschot in het Panthéon, plechtige kerkdiensten door heel het land, standbeelden in het paleis te Versailles en het Luxembourg. Zijn buste staat thans nog in een der zalen van het

6. 'Le discours préliminaire qui précède le projet de code, fut son ouvrage; il est trop connu pour en parler ici. Il a été traduit dans toutes les langues de l'Europe et réimprimé dans presque tous nos traités de jurisprudence.' *Notice*, p. 35.

Cour de Cassation en men kan zijn portret (geschilderd door Colin) zien in de grote zaal voor de publieke zittingen van de Conseil d'Etat.⁷

3. De vertaalde tekst

Wij hebben onze tekst gelezen in de editie van P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil* (Osnabrück, Zeller, 1968, pp. 463–523). Vergelijking met de editie in de uitgave van Locré's *La législation civile de la France* heeft geen belangrijke afwijkingen opgeleverd. De tekst bevat geen noten, wel cursiveringen. Deze wijzen soms op citaten, soms op nadruk. Deze cursiveringen zijn overgenomen. De interpunctie is in grote lijnen behouden, wat soms lange zinnen opleverde. Waar nodig hebben wij echter ervoor gekozen de helderheid van stijl te behouden door zelfstandige zinnen te vormen waar Portalis bijzinnen gebruikt. Het afwijkende gebruik van de punt-komma in de 18e eeuw hebben wij niet getracht strikt over te nemen. Waar dit leesteken verenigbaar bleek met ons gebruik ervan in opsommende en verklarende zinnen, werd het gehandhaafd. De indeling in alinea's is niet gehandhaafd, omdat deze tot een zeer onrustig tekstbeeld zou hebben geleid. De oorspronkelijke tekst begint veelvuldig op een nieuwe regel, terwijl de gedachte evident doorloopt. Wij hebben zulke 'alinea's' bij elkaar getrokken. De paginering van de Fenet-editie is in de vertaling toegevoegd door cijfers tussen [...].

Om de tekst op bepaalde plaatsen doorzichtiger te maken hebben wij aan de vertaling voetnoten toegevoegd die deels de (dikwijls verborgen) verwijzing naar andere teksten betreffen (vooral naar Montesquieu's *L'Esprit des Lois*), deels de toenmalige politieke en juridische situatie. Naast het *Discours* zijn er andere teksten van de hand van Portalis bewaard gebleven in het kader van zijn wetgevingswerk, deels toespraken ter aanbieding van voorontwerpen

7. Deze biografie van Portalis is met name ontleend aan *Notice sur la vie de l'auteur*, een tekst die voorafgaat aan *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*. Deze werd geschreven door zijn zoon, dezelfde die *De l'usage* bezorgde. Bovendien is gebruikt gemaakt van A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1969; L. ADOLPHE, *Portalis et son temps*; 'Le bon génie de Napoléon'. Paris. Sirey, 1936; A. BOULÉE, lemma 'Portalis (Jean-Etienne-Marie)', in J. Fr. MICHAUD (éd), *Biographie universelle, ancienne et moderne*, t. XXXIV. Graz, Akad. Druck- und Verlagsanstalt, 1968.

of deelontwerpen, deels bijdragen aan het debat over het ontwerp, die een verhelderend licht werpen op zowel de politieke, alsook de juridische en levensbeschouwelijke inzet van het ontwerp. Dat geldt met name voor de *Motifs des lois du code civil des français, promulguées en l'an XI et l'an XII* (2 vols.)⁸ en de *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*.⁹ Deze teksten zijn wel in de vertaling betrokken waar dat twijfel tussen verschillende vertaalmogelijkheden kon wegnemen. Er is echter niet via noten naar verwezen, omdat er zelden nieuw licht op de ontwikkelde gedachten geworpen werd. Wel worden zij in de opstellen naar aanleiding van de tekst meegenomen.

De vertaling wordt gevolgd door drie 'eigenwijze' essays, waarin ieder van de vertalers de tekst vanuit een bepaalde invalshoek onder de loep neemt. De verwijzingen naar het *Discours* volgen de pagina's van de Fenet-editie. Het spreekt vanzelf dat deze essays zijn wat de naam zegt: proeven van interpretaties – hopelijk aanstekelijk genoeg om de lezer van het *Discours* tot zijn of haar eigen poging te brengen. Het liefst hadden we ze in een afzonderlijk bandje bij de vertaling gevoegd, maar dat zou een kostbare geschiedenis geworden zijn. Bovendien: vertalen is hoe dan ook interpreteren, interpreteren hoe dan ook vertalen. De lezer zal ons wellicht ten goede willen houden dat vertaling en interpretatie elkaar in deze band zo dicht naderen.

8. Paris, L'imprimerie nationale, an XII (1804).

9. Uitgegeven door zijn zoon, de Vicomte Frédéric Portalis, Paris (1844).

INLEIDINGSREDE

UITGESPROKEN BIJ DE PRESENTATIE VAN HET ONTWERP VAN DE REGERINGSCOMMISSIE

[463] Bij een besluit der consuls van 24 Thermidor laatstleden¹ is aan de minister van justitie opgedragen ons bij hem te vergaderen, teneinde 'de orde te vergelijken welke gevolgd is in de redactie van de tot nu toe gepubliceerde ontwerpen van Burgerlijk Wetboek, het werkplan te bepalen dat naar onze mening het best gevolgd zou kunnen worden, en vervolgens de voornaamste fundamenteën van de wetgeving in burgerlijke zaken te bespreken'. Dit besluit komt overeen met de wens die door al onze nationale en wetgevende vergaderingen is geuit. Onze besprekingen zijn afgerond. Thans zijn wij het land en de regering rekenschap verschuldigd over de idee die wij ons omtrent onze belangrijke opdracht hebben gevormd en over de wijze waarop wij hebben gemeend haar te moeten vervullen.

Frankrijk heeft zich, evenals de andere grote staten van Europa, geleidelijk uitgebreid door verovering en vrije aansluiting van verschillende volkeren. Zowel de veroverde als de vrij gebleven volkeren hebben bij hun capitulatie of aansluitingsverdrag steeds het behoud van hun burgerlijke wetgeving bedongen. De ervaring leert dat mensen gemakkelijker van machthebbers dan van wetten veranderen. Vandaar die wonderlijke verscheidenheid van gewoonten die [464] binnen hetzelfde rijk was aan te treffen: het leek wel alsof Frankrijk slechts een maatschappij van maatschappijen² was. Het vaderland was gemeenschappelijk, de staten vertoonden een eigen, onderscheiden aard. Het grondgebied was één, de naties waren vele.

Achtenswaardige magistraten hebben in het verleden meer dan eens het plan opgevat om een uniforme wetgeving in te voeren.

1. 12 augustus 1800.

2. Het 'Discours' bevat bij herhaling letterlijk uit Montesquieu's *L'Esprit des Loïs* (1748) overgenomen uitspraken. Telkens als wij zo'n overname hebben kunnen opsporen, wordt dit in een voetnoot signaleerd. In het onderhavige geval wordt verwezen naar MONTESQUIEU, *L'Esprit des Loïs*, IX, 1, waar Montesquieu dezelfde formule gebruikt om een hem zeer welgevallige staatsvorm aan te wijzen: de federatieve. Portalis' toon is eerder licht deprecierend.

Eenvormigheid is een soort van perfectie die, naar het woord van een beroemd auteur, *soms de grote geesten bevangt, maar steevast de kleine overweldigt*.³ Mensen die, hoewel onderworpen aan dezelfde overheid, niet onder hetzelfde klimaat leefden en die zulke uiteenlopende gewoonten hadden – kon men die wel dezelfde wetten opleggen? Gewoonten die gekoesterd werden als voorrechten en beschouwd als evenzovele dammen tegen de veranderlijke decreten van een willekeurige macht – konden die zomaar uitgeroeid worden? Er was alle reden om te vrezen dat gewelddadige maatregelen de gemeenzame banden van gezag en gehoorzaamheid zouden aantasten of zelfs vernietigen.

Plots is daar dan een grote revolutie. Alle misbruiken komen onder vuur te liggen; alle instellingen staan ter discussie. Een rede-naar hoeft zijn stem maar te verheffen en de ogenschijnlijk meest onwankelbare instellingen vallen in puin; ze hadden geen wortel meer in zeden of gangbare opvattingen. Deze successen brengen onverschrokkenheid teweeg; en weldra maakt de voorzichtigheid die alles duldde plaats voor het verlangen om alles ten gronde te richten. Op dat ogenblik grijpt men terug naar de ideeën over eenvormigheid in de wetgeving, omdat men de mogelijkheid ontwaart ze te verwezenlijken.

Maar kon een goed Burgerlijk Wetboek het daglicht zien temidden van de politieke troebelen die Frankrijk in beroering brachten? Elke revolutie is immers een veroveringstocht. Worden er wetten gemaakt tijdens de overgang van het oude naar het nieuwe bewind, dan spreiden ze, alleen al door de druk der omstandigheden, een vijandige aard ten toon. Noodzakerlijkerwijs zijn ze partijdig en subversief. De drang om met alle gewoonten te breken, om alle banden te verzwakken, om alle misnoegden uit te stoten, viert hoogtij. Aan de private relaties tussen mensen onderling wordt geen aandacht meer besteed. [465] Het politieke en algemene doel is het enige dat nog belangstelling kan wekken. Het komt erop aan bondgenoten te zoeken eerder dan medeburgers. Alles wordt publiek recht.

Krijgen de burgerlijke wetten al enige aandacht, dan is het niet zozeer met het doel ze redelijker of rechtvaardiger te maken als wel om diegenen te begunstigen die men kost wat kost wil winnen voor het nieuwe bestel. Kinderen lenen gemakkelijker het oor aan

3. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXIX, 18.

nieuwigheden: bijgevolg wordt de vaderlijke macht omvergeworpen. Door meer vrijheid te verlenen aan de vrouw kunnen nieuwe vormen en een nieuwe stijl in de dagelijkse omgang worden ingevoerd: bijgevolg verdwijnt het respect voor de maritale macht. Een nieuwe orde van eigenaars scheppen is een geschikt middel om een nieuwe orde van burgers in het leven te roepen: bijgevolg vindt men het nodig het hele systeem van erfopvolging ingrijpend te wijzigen. Telkens komen veranderingen uit veranderingen voort en omstandigheden uit omstandigheden. Instellingen volgen elkaar met grote snelheid op zonder dat er ook maar één enig houvast biedt; en overal sluipt de revolutionaire geest binnen. Onder *revolutionaire geest* verstaan wij het overspannen verlangen om alle rechten met gebruik van geweld aan een politiek doel op te offeren en geen andere overweging meer toe te laten dan die van een mysterieus en wisselend staatsbelang. Op zulke momenten is er geen plaats voor de hoop om zaken en mensen aan regels te binden met die wijsheid die duurzame instellingen ondersteunt en volgens de principes van die natuurlijke billijkheid waarvan de menselijke wetgever slechts de eerbiedige tolk moet zijn.

Vandaag haalt Frankrijk adem; en de constitutie die zijn rust waarborgt stelt het in staat aan zijn voorspoed te denken. Goede burgerlijke wetten zijn het grootste goed dat de mensen kunnen geven en ontvangen. Ze zijn de bron der zeden, het *palladium* van de eigendom⁴ en de waarborg van elke politieke en private vrede. Al funderen ze geen regering, ze houden haar hoe dan ook in stand. Ze matigen de [466] macht en dragen bij tot de eerbiediging ervan, als was zij de rechtvaardigheid zelve. Geen enkeling laten ze onberoerd, ze mengen zich in de belangrijkste daden van zijn leven, ze volgen hem overal. Ze zijn veelal de enige moraal van het volk en maken altijd deel uit van zijn vrijheid. Waar nodig beschermen ze elke burger in zijn persoon en bezittingen alsof hij – hij alleen – de gehele gemeenschap vertegenwoordigde: zodoende bieden ze compensatie voor de offers die het publiek recht omwille van de politieke gemeenschap van hem eist. De redactie van het Burgerlijk Wetboek is dan ook op de eerste plaats het voorwerp van zorg geweest van de held die de natie tot haar hoogste ambtsdrager heeft verheven, van hem die door zijn vernuft bij alles de drijvende

4. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXVI, 15.

kracht is en die, zolang hem iets te ondernemen rest voor ons geluk, nooit zal ophouden 's lands glorie te bevorderen.

Maar welk een taak vormt de redactie van een burgerlijke wetgeving voor een groot volk! Zij zou de menselijke kracht te boven gaan indien het erop aankwam dit volk een volstrekt nieuwe institutie te geven en indien men, voorbijgaand aan het feit dat het de eerste plaats bezet onder de beschaafde naties, zich niet zou verwaardigen zijn voordeel te doen met de ervaringen van het verleden en met die traditie van gezond verstand, van voorschriften en stelregels die ons van generatie op generatie is overgeleverd en die de geest van een eeuwenoude beschaving uitstraalt.

Wetten zijn geen pure machtsdaden;⁵ het zijn daden van wijsheid, van gerechtigheid en van redelijkheid. Eerder dan gezag oefent de wetgever een priesterambt uit. Hij mag niet uit het oog verliezen dat de wetten er zijn voor de mensen, niet de mensen voor de wetten; dat ze moeten worden aangepast aan de aard, de gewoonten, de omstandigheden van het volk waarvoor ze gemaakt zijn; dat men inzake wetgeving zuinig moet zijn met nieuwigheden, want al is het dan mogelijk om bij een nieuwe instelling de voordelen te berekenen die de theorie ons biedt, het is onmogelijk alle ongemakken te kennen die alleen de praktijk kan ontdekken; dat men het goede met rust moet laten als men twijfelt over het betere; dat bij het rechtzetten van een misbruik ook nog de gevaren van dat rechtzetten [467] zelf in ogenschouw moeten worden genomen; dat het absurd zou zijn zich over te geven aan absolute ideeën van volmaaktheid in zaken die slechts vatbaar zijn voor een relatieve deugdelijkheid; dat het, in plaats van de wetten te veranderen, bijna altijd van méér nut is om de burgers nieuwe beweegredenen voor te houden om ze lief te hebben; dat de geschiedenis ons in het bestek van enkele eeuwen ternauwernood de afkondiging van twee of drie goede wetten laat zien; en tenslotte, *dat het slechts diegenen toekomt veranderingen voor te stellen die onder een zo gelukkig gesternte geboren zijn dat zij door een geniale inval en door een soort plotselinge verlichting heel het bestel van een staat kunnen doorzien.*

Consul Cambacérès publiceerde enkele jaren geleden een Ontwerp waarin de stof even nauwgezet als methodisch gerangschikt is. Ons zou niets meer te doen hebben gestaan als deze wijze en

5. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XIX, 14.

verlichte magistraat de vrije teugel had kunnen geven aan zijn inzichten en beginselen en als niet onweerstaanbare doch voorbijgaande omstandigheden een aantal dwalingen die hij niet deelde tot grondstellingen van recht hadden verheven. Na de 18de brumaire⁶ werd een commissie ingesteld waarvan de leden naar de wens der natie zitting hebben in diverse grondwettelijke lichamen, om een reeds te vaak hernomen en weer afgebroken werk te voltooien.⁷ De nuttige werkzaamheden van deze commissie zijn voor de onze zowel richtinggevend als tijdbesparend geweest.

Bij de opening van onze besprekingen zijn wij tot onze verwondering gestoten op de wijd verbreide opvatting dat bij de redactie van een Burgerlijk Wetboek enkele duidelijke teksten over elke materie kunnen volstaan en dat de grote kunst erin bestaat alles te vereenvoudigen door alles te voorzien. *Alles vereenvoudigen* is een werkwijze die nadere toelichting behoeft. *Alles voorzien* is een doel dat onbereikbaar is.

Aan nutteloze wetten bestaat geen behoefte; ze zouden de noodzakelijke wetten verzwakken; ze zouden de zekerheid en verhevenheid der wetgeving in gevaar brengen. Maar een grote staat als Frankrijk, die zowel op landbouw als op handel berust, die zoveel [468] verschillende beroepen omvat en die zoveel verschillende soorten nijverheid biedt, zou niet kunnen volstaan met even eenvoudige wetten als die van een arme of kleinere samenleving.

De wetten van de Twaalf Tafelen worden steevast ten voorbeeld gesteld. Maar kan men de instellingen van een volk in wording vergelijken met die van een volk op het toppunt van rijkdom en beschaving? Heeft Rome, dat *tot grootsheid geroepen was* en om zo te zeggen bestemd *om de eeuwige stad te worden*, geaarzeld om de ontoereikendheid van zijn eerste wetten te erkennen? Werkten de veranderingen die op onmerkbare wijze waren binnengeslopen in de zeden niet door in de wetgeving? Begon men niet weldra on-

6. Bedoeld is 18 brumaire jaar VIII (9 november 1799): Napoleon pleegt een staatsgreep, het Directoire –de vijfkoppige Franse regering– wordt afgeschaft en vervangen door een meer ‘presidentieel’ regime, het Consulaat, waarin aan Napoleon als Eerste Consul ook formeel de meeste macht toekomt (SOBOUL, A., *De Franse Revolutie*, II, 1793–1799, Amsterdam, Van Gennep, 1979, 400–402, 438–445 en 464–471).

7. Zie H. WILLEKENS, ‘De plaats van het *Discours* in de wordingsgeschiedenis van de Code Napoleon: interpretatie van een kronkelig betoog’, verderop in dit boek.

derscheid te maken tussen geschreven en ongeschreven recht? Kwamen daar niet achtereenvolgens ten tonele: senaatsconsulten, plebiscieten, edicten van de praetoren, verordeningen van de consuls, beschikkingen van de aedilen, antwoorden en beslissingen van de rechtskundigen, pragmatieke sancties, rescripten, edicten, novel-len van de keizers? De geschiedenis van de Romeinse wetgeving is ongeveer dezelfde als die van alle andere volkeren.

In despotische staten – waar de vorst eigenaar is van heel het grondgebied, waar heel de handel zich voltrekt in naam van en ten voordele van het staatshoofd, waar particuliere personen vrijheid, wil noch eigendom hebben – zijn er meer rechters en beulen dan wetten. Maar overal waar de burgers goederen te behouden en te verdedigen hebben, overal waar zij politieke en burgerlijke rechten hebben, overal waar de eer in tel is, daar is onvermijdelijk behoefte aan een aantal wetten om aan allerlei zaken het hoofd te bieden. Uiteenlopende soorten goederen, uiteenlopende takken van nij-verheid, uiteenlopende omstandigheden vragen om verschillende regelingen. De wetgever moet bepaalde proporties in acht nemen tussen de veelheid en het belang van de zaken welke regeling be-hoeven en de zorg die hij eraan besteedt. Vandaar in de Wetboeken van beschaafde naties die nauwgezette vooruitziendheid *die al meer bijzondere gevallen onderscheidt en van de rede zelf een kunst lijkt te maken*. [469] Bijgevolg zijn we niet van mening geweest dat de wetten zodanig vereenvoudigd moeten worden dat de burgers van regels en waarborgen verstoken zouden zijn waar het hun voor-naamste belangen betreft.

Wij zijn evenzeer op onze hoede geweest voor de gevaarlijke ambitie alles te willen regelen en voorzien. Wie zou vermoeden dat juist diegenen die een wetboek altijd te dik vinden, de wetgever de ontzettende last willen opdringen om niets aan de beslissing van de rechter over te laten? Hoe dan ook, de positieve wetten kunnen nooit geheel en al het gebruik van de natuurlijke rede in de dingen des levens vervangen. De behoeften van de samenleving zijn zo divers, de omgang van de mensen met elkaar is zo intensief, hun belangen zijn zo veelvoudig en hun betrekkingen zo veelomvat-tend, dat de wetgever onmogelijk alles kan voorzien. Zelfs bij de zaken die in het bijzonder zijn aandacht gevangen houden is er een massa details die hem ontgaan of die te omstreden en te vluchtig zijn om voorwerp van een wettekst te kunnen worden.

Trouwens, hoe zou men de werking van de tijd kunnen ketenen?

Hoe zich verzetten tegen de loop der gebeurtenissen of de onmerk-bare evolutie der zeden? Hoe datgene kennen en vooruit bereke-nen wat alleen de ervaring ons kan openbaren? Kan de vooruit-ziendheid zich ooit uitstrekken tot zaken die buiten het bereik van het denken liggen? Hoe volledig een wetboek ook moge schijnen, het is nog niet voltooid of honderdeneen onverwachte vragen ko-men op de rechter af. Immers, eenmaal geredigeerd blijven de wet-ten zoals ze geschreven zijn. De mensen daarentegen rusten nooit, ze zijn altijd in de weer; en deze beweging, die nooit ophoudt en waarvan de gevolgen verschillen naargelang de omstandigheden, brengt op elk moment een nieuw feit, een nieuwe stand van zaken, een nieuw resultaat voort.

Een massa zaken wordt dus onvermijdelijk overgelaten [470] aan de heerschappij der gewoonte, aan het overleg van welingelichte lieden, aan de arbitrage van de rechters. Het is de taak van de wet om met verziende blik de algemene stelregels van het recht vast te leggen, om beginselen in te voeren die rijk aan gevolgen zijn, en niet om af te dalen tot detailkwesties die op elk gebied kunnen rijzen. Het is aan de rechter en de rechtsgeleerde om, doordrongen van de algemene geest der wetten, richting te geven aan de toepas-sing ervan. Vandaar dat men in alle beschaafde naties naast het hei-ligdom der wetten en onder het wakend oog van de wetgever een arsenaal ziet ontstaan van stelregels, beslissingen en leerstellingen dat dagelijks verfijnd wordt door de praktijk en door gerechtelijke debatten en confrontaties, dat voortdurend aangroeit onder invloed van verworven kennis en dat steeds beschouwd is als het ware sup-plement van de wetgeving.

Diegenen die zich met rechtspraak bezighouden wordt wel eens het verwijt gemaakt dat zij de spitsvondigheden, compilaties en commentaren verveelvoudigd hebben. Dat verwijt kan gegrond zijn. Maar welke kunst of wetenschap heeft zich niet blootgesteld aan dergelijk verwijt? Moet men een bepaalde klasse van mensen beschuldigen van iets dat slechts een algemene ziekte van de men-selijke geest is? Er zijn tijden waarin onwetendheid onvermijdelijk is omdat er te weinig boeken zijn; er zijn andere tijden waarin het een hele opgave is zich te informeren omdat er teveel zijn. Zo ergens de onmatige gedrevenheid om commentaar te geven, te dis-cussiëren en te schrijven vergeeflijk is, dan in de rechtsgeleerdheid. Het volstaat de talloze draden die de burgers verbinden, de ont-wikkeling en progressieve uitbreiding van de zaken waarmee rech-

ter en rechtsgeleerde zich moeten inlaten, de loop der gebeurtenissen en omstandigheden die op zovele manieren de sociale betrekkingen wijzigen, en tenslotte de voortdurende actie en reactie van een massa uiteenlopende passies en belangen in ogenschouw te nemen om dat zonder aarzelen te beamen. Degene die afgeeft op spitsvondigheden en commentaren [471] wordt vaak de meest spitsvondige en vervelende commentator zodra hij zelf in een rechtszaak betrokken raakt.

Ongetwijfeld zou het wenselijk zijn dat alle zaken door wetten geregeld zouden kunnen worden. Maar bij ontstentenis van nauwkeurig voorschrift over elke afzonderlijke materie wordt de plaats van de wet ingenomen door een oud, vast en bestendig gebruik, een ononderbroken reeks van gelijksoortige beslissingen, een alom aanvaarde mening of stelregel. Wanneer niets van wat aanvaard of bekend is richting kan geven, wanneer het om een volstrekt nieuw feit gaat, grijpt men terug naar de beginselen van het natuurrecht. Want, is de vooruitziendheid van de wetgever beperkt, de natuur kent geen beperkingen; zij is van toepassing op al wat mensen kan aanbelangen. Dat alles veronderstelt compilaties, verzamelingen van wetteksten, tractaten, tal van volumina waarin de resultaten van onderzoek en studie bewaard zijn.

Het volk, zo luidt het dan, kan in die doolhof niet ontwarren wat het moet mijden of wat het moet doen om zekerheid te hebben omtrent zijn bezittingen en zijn rechten. Maar kan een wetboek, zelfs het meest eenvoudige, binnen het bereik liggen van alle klassen van de samenleving? Zouden de passies niet voortdurend in de weer zijn om de ware betekenis ervan te verdraaien? Is niet een zekere ervaring vereist om de wetten verstandig toe te passen? Welke natie heeft het trouwens gedurende lange tijd kunnen stellen met eenvoudige en weinige wetten? Het zou dus een vergissing zijn te menen dat er een verzameling wetten kan bestaan die vooraf voor alle mogelijke gevallen een oplossing zou bieden en die tegelijk in het bereik van de geringste burger zou liggen.⁸

Gelukkig maar dat bij de huidige stand der maatschappij de rechtsgeleerdheid een wetenschap vertegenwoordigt die in staat is talent aan te trekken, het gevoel van eigenwaarde te strelen en wedijver te wekken. Een hele klasse van mensen legt zich dan ook op die wetenschap toe. De studie der wetten gewijd, verschaft zij

8. Aldus anders dan MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXIX, 16.

raadslieden en verdedigers aan de burgers die zichzelf niet zouden kunnen leiden of [472] verdedigen. Zo wordt zij als het ware de kweekvijver van de magistratuur. Gelukkig maar dat er wettenverzamelingen bestaan en dat er een samenhangende overlevering is van gebruiken, stelregels en voorschriften die moeten maken dat men willens nillens vandaag nog oordeelt zoals men het gisteren gedaan heeft en dat er geen andere wijzigingen optreden in de publieke oordelen dan die welke de vooruitgang van de kennis en de drang der omstandigheden meebrengen. Gelukkig maar dat de rechter er niet buiten kan zich te informeren, onderzoekingen te verrichten, vragen uit te diepen die hem voorgelegd worden: dat dwingt hem nimmer uit het oog te verliezen dat sommige zaken, al kunnen ze dan op uiteenlopende wijze beoordeeld worden, toch naar zijn redelijke overtuiging en niet naar zijn eigen wensen of willekeur beoordeeld moeten worden. In Turkije, waar rechtspraak verre van een kunst is, waar de pasja uitspraak kan doen zoals het hem belieft zodra bevelen van hogerhand dat niet beletten, ziet men dat de rechtsonderhorigen slechts van vrees vervuld hun recht vragen. Hoe komt het dat onze rechters geen vergelijkbare angstgevoelens wekken? Omdat zij onderlegd zijn, over een verlichte geest en heldere kennis beschikken en zich steeds verplicht voelen die van anderen te raadplegen. Men realiseert zich nauwelijks welk een beschavende en beperkende invloed die wetenschappelijke en redelijke instelling heeft op de macht.

Om het gezag aan te vechten dat wij rechters toekennen om uitspraak te doen over zaken die niet bij wet geregeld zijn roept men wel eens het recht in van iedere burger om slechts geoordeeld te worden op grond van een voorafgaande en vaststaande wet. Dat recht kan niet miskend worden. Maar bij de toepassing ervan moet men onderscheid maken tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke kwesties. Strafrechtelijke kwesties betreffen slechts bijzondere en welomlijnde handelingen; zo niet de civielrechtelijke. Zonder beperking omvatten zij alle handelingen en ingewikkelde en wisselende belangen die voorwerp van geschil kunnen worden tussen in maatschappelijk verband levende mensen. [473] Bijgevolg kan men in strafrechtelijke kwesties vooruitziend zijn op een wijze die uitgesloten is in civielrechtelijke kwesties. In de tweede plaats gaat het in civielrechtelijke zaken steeds om een twist tussen twee of meer burgers. Een eigendomsgeschil, of ieder ander soortgelijk geschil, kan tussen hen niet onbeslist blijven. Er moet een uitspraak worden

gedaan; op welke wijze ook, het geschil moet beëindigd worden. Wat doet de staat als partijen niet zelf tot overeenstemming kunnen komen? Aangezien hij in de onmogelijkheid verkeert hen met betrekking tot alle materies wetten te verschaffen, stelt hij, in de gedaante van een publiek magistraat, een verlicht en onpartijdig scheidsrechter te hunner beschikking, wiens beslissing hen belet tot een handgemeen te komen en die hen zeker voordeliger uitkomt dan een voortgezet geschil waarvan ze noch de gevolgen noch het einde kunnen voorzien. De ogenschijnlijke willekeur van de billijkheid is nog altijd beter dan het gekrakeel van de passies. Maar bij strafrechtelijke zaken gaat het om een twist tussen burger en gemeenschap. Alleen de wet kan de wil van die gemeenschap vertegenwoordigen. De burger wiens handelingen geen schending van de wet opleveren mag dus niet worden lastig gevallen of beschuldigd in naam van de gemeenschap. Niet alleen is er dan geen verplichting om een uitspraak te doen, er is zelfs geen stof voor een uitspraak.

De wet die een beschuldiging grondt moet voorafgaan aan de handeling die aanleiding geeft tot die beschuldiging. De wetgever mag niet toeslaan zonder te waarschuwen; zoniet, dan zou de wet tegen haar wezenlijk oogmerk ingaan en er niet op uit zijn de mensen beter te maken, doch slechts ongelukkiger; hetgeen strijdig zou zijn met het wezen der dingen zelf. In strafzaken, waar enkel een formele en voorafgaande tekst het optreden van de rechter kan gronden, zijn er dus duidelijke wetten vereist en geen rechtsgeleerde interpretaties. Anders ligt het in civiele zaken; daar is actieve tussenkomst van de rechter wel nodig, aangezien het onmogelijk is alle civiele materies door [474] wetten te regelen en het onontbeerlijk is dat twisten onder particulieren beëindigd worden. Zo niet dan zou, bij ontstentenis van een uitspraak, iedere burger gedwongen zijn rechter te worden in zijn eigen zaak; daarbij zou vergeten worden dat de rechtsbedeling de eerste schuld is van de soeverein tegenover de burgers.

Op grond van de stelregel dat de rechters aan de wetten moeten gehoorzamen en dat het hun verboden is ze te interpreteren, hebben de rechtbanken in de afgelopen jaren de rechtsonderhorigen door beroep op de wetgever doorverwezen, telkens als zij zonder toepasselijke wet zaten of de bestaande wet hen duister voorkwam. Het Hof van Cassatie heeft dit misbruik stelselmatig onderdrukt, als zijnde rechtsweigering. Er zijn twee soorten van interpretatie:

de ene door de rechtsleer, de andere door het wetgevend gezag. Interpretatie door de rechtsleer bestaat erin de ware betekenis van de wetten te vatten, ze oordeelkundig toe te passen en ze aan te vullen in die gevallen die niet geregeld zijn. Zou men zich zonder dat soort interpretatie de vervulling van het rechtersambt kunnen voorstellen? Interpretatie door het wetgevend gezag elimineert geschilpunten en twijfels bij wege van algemene richtlijnen en beschikkingen. Deze wijze van interpretatie is de enige die de rechter verboden is.

Wanneer de wet duidelijk is moet zij gevolgd worden. Wanneer zij duister is, moeten de bepalingen ervan worden uitgediept. Beschikt men niet over een wet, dan moeten gewoonte en billijkheid geraadpleegd worden. De billijkheid komt erop neer dat men, in geval van stilzwijgen, tegenspraak of duisterheid der positieve wetten, op het natuurrecht terugvalt. De rechter dwingen tot een beroep op de wetgever zou de aanvaarding betekenen van een hoogst verderfelijk beginsel; het zou ons terugvoeren naar de rampzalige wetgeving bij bevelschrift. Immers, wanneer de wetgever tussenbeide komt om uitspraak te doen in geschillen die gerezen en heftig opgestookt zijn tussen private personen, dan staat hij evenzeer bloot aan onaangename verrassingen als de rechtbanken. Men heeft minder te duchten van de geregelde, terughoudende en omzichtige willekeur [475] van een magistraat welke onderworpen kan worden aan herziening en aan een rechtsvordering wegens ambtsmisdrijf dan van de absolute willekeur van een onafhankelijke macht die nimmer aansprakelijk gesteld kan worden. Partijen, die met elkaar onderhandelen over een materie die de positieve wet ongemoeid gelaten heeft, onderwerpen zich aan algemeen aanvaarde gebruiken of bij ontstentenis hiervan aan de universele billijkheid. Welnu, een gebruik vaststellen en toepassen op een privaat geschil is een rechterlijke, geen wetgevende handeling. Juist de toepassing van die billijkheid of van die verdelende rechtvaardigheid, die in elk geval afzonderlijk alle draadjes volgt en moet volgen waarmee de strijdende partijen aan elkaar verbonden zijn, kan nooit een zaak van de wetgever zijn. De wetgever immers is uitsluitend de dienaar van die algemene gerechtigheid of billijkheid die, zonder te letten op welke bijzondere omstandigheid ook, de universaliteit van zaken en personen omvat. Wetten die tussenbeide komen in private aangelegenheden zouden dan ook vaak onder de verdenking van partijdigheid vallen en ze zouden steevast retroactief en onrechtvaardig

zijn voor personen wier geschil aan de tussenkomst van die wetten voorafgaat. Bovendien, het beroep op de wetgever zou een trage gang van zaken met zich meebrengen die de rechtsonderhorige noodlottig zou worden; en, wat erger is, het zou de wijsheid en heiligheid der wetten schaden. Immers, de wet beslist voor allen; zij benadert de mensen als massa, nimmer als afzonderlijke personen; zij mag zich niet mengen in individuele feiten en geschillen die burgers verdeeld houden. Als dat niet zo was, dan zouden er dagelijks nieuwe wetten gemaakt moeten worden: hun grote aantal zou hun eerbiedwaardigheid doen tanen en hun naleving schaden. De rechtskundige zou geen eigen taak meer hebben en de wetgever, meegesleept door details, zou weldra alleen nog rechtskundige zijn. Particuliere belangen zouden de wetgevende macht belegeren; zij zouden haar op ieder ogenblik afwenden van het algemeen belang der maatschappij.

Er bestaat een wetenschap voor de wetgevers, zoals er een bestaat voor de rechters. Ze verschillen wezenlijk van [476] elkaar. De wetenschap van de wetgever bestaat erin voor elke materie de principes te vinden die het meest bevorderlijk zijn voor het algemeen welzijn. De wetenschap van de rechter strekt ertoe deze principes in werking te zetten, te verbijzonderen en door een verstandige en doordachte toepassing aan de particuliere gevallen aan te passen; hij zal de geest van de wet bestuderen wanneer de letter doodt en zo het risico ontwijken dat hij beurtelings slaaf en rebel zou worden, dat een geest van onderworpenheid op weerspannigheid zou uitdraaien. De wetgever moet waken over de rechtspraak. Hij kan zich door haar laten voorlichten en hij kan haar van zijn kant corrigeren. Maar rechtspraak is hoe dan ook onontbeerlijk. Civielrechtelijke zaken omspannen een onmetelijke massa van uiteenlopende toedrachten en in de meeste gevallen worden deze niet zozeer op basis van de toepassing van een preciese tekst beoordeeld maar op basis van de combinatie van meerdere teksten. Die teksten sturen veeleer aan op de beslissing dan dat ze haar dicteren. Het is dus duidelijk dat men het in dezen evenmin zonder rechtspraak als zonder wetten kan stellen. Welnu, juist aan de rechtspraak laten wij de zeldzame en buitengewone gevallen over die onmogelijk een plaats kunnen krijgen in het ontwerp van een redelijke wetgeving, de al te vaak wisselende en betwiste details die de wetgever niet moeten bezighouden, en al die zaken die men tevergeefs zou willen voorzien of die een overhaaste vooruitziendheid niet zonder gevaar

zou kunnen vastleggen. Het is aan de ervaring om geleidelijk de lege plekken te vullen die wij opengelaten hebben. De wetboeken der volkeren *worden mettertijd gemaakt*; maar strikt genomen *maakt men ze niet*.

Het leek ons nuttig onze werkzaamheden te beginnen met een inleidend boek, *Over het recht en de wetten in het algemeen*. Het recht is de universele rede, de opperste rede gefundeerd in de natuur der dingen zelf. De wetten zijn of behoren niets anders te zijn dan het recht herleid tot positieve regels, tot bijzondere voorschriften.⁹ Het recht is moreel bindend; maar uit zichzelf brengt het geen enkele dwang mee; het richt, terwijl de wetten bevelen; het dient als *kom-pas*, terwijl de wetten als *meetlat* dienen. [477] De verschillende volkeren onderling leven slechts onder de heerschappij van het recht; de leden van elk staatsverband afzonderlijk worden bestierd door het recht in zoverre zij mensen, door de wetten in zoverre zij burgers zijn. Het natuurrecht en het volkenrecht verschillen niet naar inhoud, doch enkel naar toepassing. De rede wordt *natuurrecht* genoemd in zoverre ze alle mensen zonder verdere precisering regeert; ze wordt *volkenrecht* genoemd als het gaat om de betrekkingen van volk tot volk. Als men spreekt over een natuurlijk en over een positief volkenrecht, dan is dat om een onderscheid te maken tussen enerzijds de eeuwige principes van gerechtigheid die niet door mensen gemaakt zijn en waaraan de verschillende nationale gemeenschappen zowel als de geringste individuen onderworpen zijn, en anderzijds de capitulaties, de verdragen en de gewoonten die het werk der volkeren zijn.

Wanneer wij een blik werpen op de definities die het merendeel der rechtsgeleerden heeft gegeven van de wet, bemerken wij hoe gebrekkig zij zijn. Zij brengen ons nog niet een eerste begrip bij van het verschil tussen een moreel beginsel en een staatswet. In iedere politieke gemeenschap is de wet een plechtige verklaring van de wil van de soeverein met betrekking tot een zaak van algemeen belang. Alle wetten hebben betrekking op personen of op zaken, en op zaken in zoverre ze personen tot nut strekken.

Het is van belang, zelfs wanneer men het uitsluitend over civielrechtelijke zaken heeft, een algemeen begrip te geven van de verschillende soorten wetten die een volk regeren; want alle wetten,

9. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, I, 3.

van welke rang zij ook zijn, vertonen onderling noodzakelijke banden. Er is geen private kwestie waarbij niet tevens een of ander inzicht van openbaar bestuur aan de orde is, zoals er geen enkel publiek beleidsdoel is dat niet in meerdere of mindere mate raakt aan de beginselen van de verdelende rechtvaardigheid die de private belangen regelen. Om de verschillende soorten wetten te kennen volstaat het de diverse categorieën van betrekkingen te observeren die er bestaan tussen in eenzelfde maatschappij levende mensen. [478] De betrekkingen van hen die regeren met hen die geregeerd worden en van elke burger met allen vormen het voorwerp van de constitutionele en bestuurlijke wetten. De civiele wetten regelen de natuurlijke of conventionele, gedwongen of vrijwillige, verplichte of gewoon betamelijke betrekkingen die elk individu binden aan een of meer andere individuen.¹⁰ Het Burgerlijk Wetboek staat onder de voogdij van de politieke wetten. Het moet er een geheel mee vormen. Het zou een groot kwaad zijn als de stelregels die de mensen regeren elkaar zouden tegenspreken. De criminele of strafwetten zijn niet zozeer een apart soort wetten als wel de sanctie op alle andere. Strikt genomen regelen ze niet de betrekkingen van de mensen onderling, maar die van elke mens met de wetten die waken ten bate van allen. Militaire aangelegenheden, handel, fiscus en nog een aantal andere zaken impliceren bijzondere betrekkingen die niet uitsluitend bij een van de voorgaande indelingen zijn onder te brengen.

Wetten in eigenlijke zin verschillen van eenvoudige verordeningen. Het is aan de wetten om voor elke materie de fundamentele regels vast te stellen en de wezenlijke vormen te bepalen. Details op het stuk van uitvoering, voorlopige of incidentele voorzorgsmaatregelen, momentane of wisselende doelstellingen, in een woord al die zaken die veeleer vragen om toezicht van het besturend gezag dan om de tussenkomst van de instellende of scheppende macht, behoren tot het domein van de verordeningen. Verordeningen zijn handelingen van de bestuurlijke macht, wetten zijn handelingen van de soevereine macht.

Omdat wetten niet kunnen binden als ze niet bekend zijn, hebben wij ons beziggehouden met de vorm van hun afkondiging. Zij kunnen niet aan elk individu worden medegedeeld. Men kan niet anders dan genoeg nemen met een betrekkelijke openbaarheid

10. Vgl. voor bovenstaande indeling MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, I, 3.

die, al is ze dan niet in staat bij elke burger op tijd de kennis teweeg te brengen van de wet waaraan hij zich moet houden, dan toch volstaat om tenminste [479] elke willekeur te voorkomen op het ogenblik dat de wet moet worden uitgevoerd.

Wij hebben de diverse rechtsgevolgen van de wet uitgewerkt. Ze staat toe of ze verbiedt; ze beveelt, stelt vast, corrigeert, straft of beloont. Ze bindt zonder onderscheid al diegenen die onder haar heerschappij leven. Zelfs de vreemdelingen zijn gedurende hun verblijf toevallige onderhorigen van de wetten van de staat. Wonen op het grondgebied is zich onderwerpen aan de soevereiniteit. Wat niet strijdig is met de wetten is geoorloofd. Maar wat ermee overeenkomt is niet altijd eerzaam; want de wetten bekommeren zich meer om het politieke welzijn van de samenleving dan om de zedelijke volmaaktheid van de mens. In het algemeen hebben de wetten geen terugwerkende kracht. Dat beginsel is onbetwistbaar. Niettemin hebben wij het beperkt tot de nieuwe wetten, wij hebben het niet uitgebreid tot die welke slechts de oude wetten hernemen of verklaren. Tussentijdse dwalingen of misbruiken zijn niet rechtsvormend, tenzij ze in de periode tussen de ene en de andere wet zijn bekrachtigd door een vergelijk, door een uitspraak in laatste instantie of door een scheidsrechterlijke beslissing die gezag van gewijsde heeft gekregen. De wetten blijven van kracht zolang ze niet worden afgeschaft door andere wetten of in onbruik zijn geraakt. Als wij de wijze van afschaffing door onbruik of gebrek aan toepassing niet formeel hebben toegelaten, dan komt dat omdat het wellicht gevaarlijk was geweest dit te doen. Maar kan men zich de invloed en het nut ontveinzen van dat onafgesproken samenspel, van die onzichtbare macht waardoor de volkeren zonder schok of beroering recht laten wedervaren aan slechte wetten en die naar het lijkt de maatschappij behoeden voor verrassingen die de wetgever overvallen, alsook de wetgever tegen zichzelf beschermen? De rechterlijke macht, ingesteld om de wetten toe te passen, heeft bij die toepassing behoefte aan enige richtinggevende [480] regels. Wij hebben deze in kaart gebracht; ze zijn van zulke aard dat het bijzonder oordeel van individuen nimmer de overhand kan krijgen op de wet die het algemeen oordeel belichaamt.

Na de redactie van het inleidend boek *Over het recht en de wetten in het algemeen* zijn wij overgegaan tot de onderwerpen die de civiele wetten moeten bepalen en regelen. Vroeger was Frankrijk verdeeld in *landstreken met gewoonterecht* en *landstreken met geschreven*

recht en het werd dan ook ten dele volgens *gewoonterecht*, ten dele volgens *geschreven recht* bestuurd. Er waren enkele koninklijke ordonnances voor het hele rijk. Sedert de revolutie heeft de Franse wetgeving op belangrijke punten aanzienlijke veranderingen ondergaan. Moet al wat nieuw is worden uitgebannen? Moet al wat oud is worden geminacht?

Het geschreven recht, bestaande uit de Romeinse wetten, heeft Europa zijn beschaving gebracht. Toen onze voorvaderen de Compilatie van Justinianus ontdekten was dat voor hen een soort van openbaring. In die tijd kregen onze rechtbanken dan ook een meer geregelde vorm en werd de schrikrijke macht om recht te spreken aan beginselen onderworpen. De auteurs die het Romeinse recht met evenveel verbittering als lichtzinnigheid veroordelen belasteren meestal wat ze niet kennen. Om dat in te zien volstaat het, in de verzamelingen die ons dit recht hebben overgeleverd, een onderscheid te maken tussen de wetten die de naam van *geschreven rede* verdiend hebben en die welke alleen afhingen van bijzondere instellingen die vreemd zijn aan onze omstandigheden en gebruiken; en vervolgens het verschil te onderkennen tussen enerzijds de senaatsbesluiten, de plebiscieten, de edicten van de goede vorsten, en anderzijds de keizerlijke bevelschriften, een soort van afgebedelde wetgeving die invloedrijke of opdringerige lieden begunstigde en die verzonnen werd aan de hoven van al die monsters die Rome ten gronde hebben gericht en die openbare veiling hielden van vonnissen en wetten.

Onder onze vele gewoonten zijn er zeker [481] die het stempel dragen van onze aanvankelijke barbarij. Maar er zijn er ook die de wijsheid van onze vaders eer bewijzen, die de nationale aard gevormd hebben en die de beste tijden waardig zijn. Wij hebben slechts die achterwege gelaten waarvan de geest geweken is voor een andere geest, waarvan de letter nog slechts een dagelijkse bron is van eindeloze twisten en die zowel de rede als onze zeden afkeer inboezemen. Bij ons onderzoek van de laatste koninklijke ordonnances hebben wij alles behouden wat van belang is voor de werkelijke orde van de samenlevingsverbanden, voor de handhaving van de openbare eerbaarheid, voor de rechtszekerheid van de vermogens, voor de algemene voorspoed. Van de wetten die onze nationale vergaderingen omtrent civiele kwesties hebben uitgevaardigd hebben wij al deze gerespecteerd die verbonden zijn met de grote veranderingen in de politieke orde of waarvan het ons van-

zelfsprekend leek dat ze uit zichzelf de voorkeur verdienen boven versleten of gebrekkige instellingen. Verandering is geboden daar waar om zo te zeggen de slechtste vernieuwing erin zou bestaan niet te vernieuwen. Men mag niet zwichten voor blinde vooringenomenheid. Al wat oud is, is ooit nieuw geweest. Het voornaamste is dat de nieuwe instellingen doordrongen worden van de geest van bestendigheid en duurzaamheid die hen het recht kan waarborgen oud te worden.

Wij hebben, als men dat zo mag uitdrukken, een vergelijk tot stand gebracht tussen het geschreven recht en de gewoonten, telkens wanneer het ons mogelijk was hun bepalingen te verzoenen, of het een door het ander te wijzigen zonder de systematische eenheid te verbreken en afbreuk te doen aan de geest van het geheel. Het is nuttig alles te bewaren dat niet hoeft te worden afgebroken: de wetten moeten de gewoonten ontzien wanneer het geen slechte gewoonten zijn. Te vaak redeneert men alsof het menselijk geslacht elk ogenblik eindigt en opnieuw begint, zonder enig contact tussen opeenvolgende generaties. Maar generaties mengen, verstrengelen en verenigen zich in hun opeenvolging. Een wetgever zou zijn instellingen losweken uit al wat in staat is ze [482] te doen aarden als hij niet met zorg de natuurlijke betrekkingen in het oog hield die altijd min of meer het heden met het verleden en de toekomst met het heden verbinden en die ervoor zorgen dat een volk – wanneer het tenminste niet wordt uitgeroeid of aan een ontaarding erger dan vernietiging ten prooi valt – nooit ophoudt tot op zekere hoogte op zichzelf te gelijken. Verandering en hervorming werden al te zeer gekoesterd in onze moderne tijden. Zijn inzake instellingen en wetten de eeuwen van de onwetendheid het toneel der misbruiken, de eeuwen van filosofie en verlichting zijn maar al te vaak het toneel der buitensporigheden.

Het huwelijk, het bestuur der families, de staat der kinderen, de voogdij, de woonplaats, de rechten van de afwezigen, de aard der verschillende goederen, de verschillende wijzen om vermogen te verwerven, te behouden of te vermeerderen, de nalatenschap en de overeenkomsten – dat zijn de belangrijkste onderwerpen van een Burgerlijk Wetboek. Wij moeten de beginselen uiteenzetten die ten grondslag liggen aan onze wetsontwerpen over deze belangrijke onderwerpen en de betrekkingen aangeven die deze ontwerpen

kunnen hebben tot het algemeen welzijn, de openbare zeden, het geluk der individuen en de huidige stand van zaken in zijn geheel.

Pas sinds kort heeft men nauwkeurige ideeën over het huwelijk. Door de vroegere vermenging van civiele en religieuze instellingen was het inzicht in het wezen ervan vervaagd geraakt. Sommige theologen zagen in het huwelijk enkel het *sacrament*; de meeste rechtsgeleerden zagen er slechts een *burgerlijke overeenkomst* in. Sommige auteurs beschouwden het als een soort gemengde akt die tegelijk een burgerlijk en een kerkelijk contract inhoudt. Aan de rol van de natuurwet bij de meest fundamentele en voornamste akt van de natuur werd niet het minste belang gehecht. De verwarde ideeën die men had over het wezen en de kenmerken van de huwelijksband brachten wetgeving en rechtspraak dagelijks in verlegenheid. [483] Wanneer het erop aankwam in deze belangrijke materie wetten uit te vaardigen of gerechtelijke uitspraken te doen, was er steeds een conflict tussen de geestelijke en de wereldlijke macht. Men wist niet wat het huwelijk op zich is, wat de burgerlijke wetten aan de natuurwetten en wat de religieuze wetten aan de burgerlijke hebben toegevoegd, en tot waar het gezag van deze verschillende soorten wetten mag gaan.

Naarmate men opnieuw aanknoopte bij de ware oorsprong van het huwelijk, waarvan het tijdstip samenvalt met dat van de schepping zelf, zijn al die onzekerheden en moeilijkheden verdwenen zonder enig spoor na te laten. Wij zijn tot de overtuiging gekomen dat het huwelijk – dat reeds bestond vóór de vestiging van het christendom, dat aan elke positieve wet is voorafgegaan en dat volgt uit onze wezensconstitutie zelf – noch een burgerlijke, noch een religieuze, maar een natuurlijke akt is die de aandacht getrokken heeft van de wetgever en die geheiligd is door de religie.

Sprekend over het huwelijk hebben de Romeinse rechtsgeleerden vaak de fysieke orde van de natuur, die alle levende wezens gemeen hebben, verward met het natuurrecht, dat in het bijzonder de mensen regeert en dat berust op de betrekkingen die redelijke en vrije wezens met hun gelijken hebben. Vandaar dat men betwijfeld heeft of het huwelijk, beschouwd als een louter natuurlijk verschijnsel, enig moreel karakter vertoont. Men kan zich voorstellen dat er tussen van rede gespeende wezens, die louter door blinde impulsen of neigingen gedreven worden, slechts vluchtige ontmoetingen of periodieke toenaderingen bestaan die van elke moraliteit verstoken blijven. Bij de mensen echter sijpelt de rede steeds min

of meer door in al hun levenshandelingen, paart gevoel zich aan begeerte, wijkt instinct voor recht, en wordt alles verfijnd of veredeld. Ongetwijfeld behoort de algemene begeerte die het ene geslacht tot het andere brengt uitsluitend tot de fysieke orde van de [484] natuur. Maar de keuze, de voorkeur, de liefde die deze begeerte bepaalt en ze op een enkel object fixeert of ze althans met groter kracht op het uitverkoren object richt, de wederzijdse eerbied, de wederkerige plichten en verbintenissen die voortspruiten uit de eenmaal totstandgekomen vereniging en die ontstaan tussen met rede en gevoel begaafde wezens: dat alles behoort tot het natuurrecht. Dientengevolge hebben we niet langer te maken met een eenvoudige ontmoeting maar met een waarachtige overeenkomst.

De liefde, of het gevoel van voorkeur dat dit contract tot stand brengt, biedt ons de oplossing van alle problemen die zich stellen met betrekking tot polygynie of polyandrie. De heerschappij van de liefde is immers van die aard dat, met uitzondering van het geliefde object, het ene geslacht niets betekent voor het andere. De voorkeur die men verleent wil men ook verkrijgen; de verbintenis moet wederkerig zijn. Laat ons de natuur prijzen die ons onweersaanbare neigingen heeft gegeven maar tevens in ons hart de regel en de rem van die neigingen heeft geplaatst. Sommigen¹¹ hebben beweerd dat polygamie in bepaalde klimaten en omstandigheden minder weerszinwekkend is dan in andere omstandigheden en klimaten. Maar in alle landen is ze onverenigbaar met het wezen van een verbintenis waarbij men elkaar alles, het lichaam zowel als het hart, schenkt. Wij hebben derhalve als beginsel gesteld dat het huwelijk niets anders kan zijn dan de verbintenis van twee individuen en dat het niet geoorloofd is een tweede huwelijk aan te gaan zolang het eerste nog bestaat.

De toenadering der geslachten, die de natuur zo verschillend heeft gemaakt juist opdat ze zich zouden verenigen, heeft weldra merkbare gevolgen. De vrouw wordt moeder. Een nieuw instinct komt tot ontplooiing, nieuwe gevoelens en nieuwe plichten versterken de vroegere. Onverwijld manifesteert de vruchtbaarheid van de vrouw zich opnieuw. Onmerkbaar verruimt de natuur de duur van de huwelijksband door deze jaar na jaar hechter te maken langs de weg van nieuwe geneugten en nieuwe verplichtingen.

11. Bedoeld is duidelijk MONTESQUIEU.

[485] Elke omstandigheid en elke gebeurtenis grijpt ze aan om er een nieuw soort vreugden en deugden uit voort te laten komen. De opvoeding der kinderen vereist gedurende vele jaren de gemeenschappelijke zorg van hun verwekkers. De mensen bestaan reeds lang vóór ze in staat zijn te leven; zoals ze, naar het einde van hun levensloop, vaak ophouden te leven voordat ze ophouden te bestaan. De wieg der jeugd eist bescherming tegen de ziekten en noden die haar belegeren. Op latere leeftijd heeft de geest behoefte aan cultuur. Het is van belang te waken over de eerste ontwikkelingen van het hart, de eerste opstoten van de passies te onderdrukken of in goede banen te leiden, de inspanningen van de ontwakende rede te beschermen tegen allerlei verlokkingen die haar omringen, de natuur nauwlettend gade te slaan om haar werking niet te belemmeren en teneinde samen met haar het grote werk te voltrekken waarin ze ons in haar goedheid laat delen.

Gedurende deze ganse tijd gaan man, vrouw en kinderen, verenigd onder hetzelfde dak en door de dierbaarste belangen, de tederste genegenheid voor elkaar ontwikkelen. De twee echtgenoten voelen de behoefte elkaar lief te hebben en de noodzaak elkaar voor altijd lief te hebben. De tederste gevoelens die mensen kunnen ervaren, de echtelijke en de vaderlijke liefde, ziet men ontwaken en zich versterken. Voor trouwe en deugdzame echtgenoten laat de oude dag steeds op zich wachten, als men het zo mag uitdrukken. Temidden van de kwalen van die leeftijd wordt de last van een kwijnend leven verzacht door ontroerende herinneringen en door de zo noodwendige zorg van de kant van het jonge gezin waarin men zichzelf herboren ziet en dat ons nog lijkt tegen te houden op de rand van het graf.

Dat is het huwelijk, beschouwd op zichzelf en in zijn natuurlijke gevolgen, onafhankelijk van elke positieve wet. Het biedt ons de fundamentele notie van een overeenkomst in eigenlijke zin en wel van een door bestemming levenslange overeenkomst. Aangezien deze overeenkomst, naar wat wij hierboven gezegd hebben, de echtgenoten [486] aan wederzijdse verplichtingen onderwerpt, zoals ze hen onderwerpt aan gemeenschappelijke verplichtingen jegens diegenen aan wie ze het leven geschonken hebben, hebben alle beschaafde volkeren gemeend wettelijke vormen te moeten bepalen waaraan diegenen te herkennen zijn die tot deze verplichtingen zijn gehouden. Wij hebben deze vormen uitgewerkt. Enkel door de openbaarheid en plechtigheid van het huwelijk kunnen de

onduidelijke en ongeoorloofde verenigingen voorkomen worden die zo weinig bevorderlijk zijn voor de voortzetting van de soort.¹²

De burgerlijke wetten moeten hun gezag laten gelden ten aanzien van de verhouding tussen echtgenoten en tussen vader en kind; ze moeten het bestuur van de familie regelen. Wij hebben de opzet van dit bestuur gezocht in de aanwijzingen der natuur. De maritale¹³ macht vindt haar grondslag in de noodzaak om binnen een gemeenschap van twee individuen de doorslaggevende stem te geven aan een der deelgenoten, en in de superioriteit van het geslacht waaraan dit voordeel wordt toegekend. Het vaderlijke gezag wordt gemotiveerd door de tederheid, de ervaring en de verstandelijke rijpheid van de vader en door de zwakte van het verstand der kinderen. Dit gezag is een soort ambt en in de vrije staten komt het er vooral op aan er een zekere reikwijdte aan te geven. Ja, overal waar de handhaving van de vrijheid vereist dat ambtsdragers zich slechts als vaders gedragen is het nodig dat vaders ware ambtsdragers zijn.¹⁴

Wanneer men het wezen, de kenmerken en het doel van het huwelijk kent, dan ontdekt men vanzelf welke beletselen, omwille van hun aard zelf, een persoon onbekwaam maken het aan te gaan, en welke onder die beletselen voortvloeien uit de positieve wet dan wel door de natuur vastgelegd zijn. Door de natuur bepaald is onder andere de huwbare leeftijd. Over het algemeen is het huwelijk toegestaan aan al wie de doelstelling ervan kan vervullen. Slechts voor personen die tot een zekere graad met elkaar verwant zijn geldt een natuurlijke uitzondering op deze regel van het natuurrecht. Het huwelijk moet worden verboden tussen [487] alle ascendenten en descendenten in de rechte lijn. Het is niet nodig de redenen hiervoor aan te geven; alle wetgevers hebben ze onderkend. Het huwelijk moet ook worden verboden tussen broer en zuster, want de familie is het heiligdom der zeden en de zeden zouden worden bedreigd door al die prille uitingen van geslachtelijke liefde, begeerte en verleiding die het huwelijk voorafgaan en

12. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXIII, 2.

13. De tekst geeft 'martiale' (*sic*), waar duidelijk 'maritale' gelezen moet worden.

14. Voor nadere uitleg over maritale en paternale macht zie H. WILLEKENS, 'De plaats van het *Discours* in de wordingsgeschiedenis van de Code Napoleon: interpretatie van een kronkelig betoog', par 2. (verderop in dit boek).

het voorbereiden. Een verdere uitbreiding van het verbod kan haar grond slechts vinden in politieke doelstellingen.

Afwezigheid van vrijheid, schaking en dwaling over de persoon zijn eveneens natuurlijke beletselen, want ze sluiten de gedachte van een werkelijke toestemming uit. De tussenkomst van de vader of van de voogd is niet meer dan een voorwaarde voorgeschreven door de positieve wet. Het achterwege blijven ervan brengt slechts burgerlijke nietigheid met zich. De wetgever kan, om redenen van openbare orde, de beletselen instellen die hij nuttig acht; maar die beletselen behoren dan louter tot het positief recht. Bij het wege van de huwelijksbeletselen en van de vormen en voorwaarden gesteld voor de geldigheid van het huwelijk hebben wij de gevallen aangeduid waarin eerder dan bestraffing van het kwaad genezing aanbevolen is en hebben wij onderscheid gemaakt tussen de omstandigheden waarin de nietigheden kunnen worden gedekt door het gedrag der partijen of door het louter verloop van de tijd en die waarin het misbruik steeds om de wraak der wetten roept.¹⁵

Uit wat wij gezegd hebben volgt dat het huwelijk vanuit zijn innerlijk doel een overeenkomst voor het leven is. Recente wetten staan de echtscheiding toe.¹⁶ Moeten deze wetten gehandhaafd worden? Door de echtscheiding toe te laten wil de wetgever geen positie innemen tegen de religieuze leerstelling van de onverbreekbaarheid noch wil hij een gewetenszaak beslechten. Hij gaat er enkel van uit dat buitengewoon hevige passies, die zovele verwoestingen hebben aangericht in de wereld en dit nog steeds doen, de harmonie teniet kunnen doen die tussen echtgenoten moet heersen en dat de uitspattingen voldoende ernstig kunnen zijn om [488] hen het samenleven ondraaglijk te maken. Het is zijn enige taak met toewijding hun rust, veiligheid en huidig geluk te behartigen; zodoende weerhoudt hij zich ervan hen te dwingen om, ondanks alle gronden die hen scheiden, onverbreekbaar met elkaar verbonden te blijven. Zonder aanstoot te willen geven aan de opvattingen van de religie – die in deze materie, zoals in zovele andere, de mensen blijft bestieren op het stuk van verdienste en vrijheid –

15. Voor nadere toelichting zie H. WILLEKENS, 'De bijzondere plaats van het familierecht ...'.

16. Gedoeld wordt op de echtscheidingswetgeving van de Franse Revolutie, meer in het bijzonder op het decreet van 20–25 september 1792 'qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce' (voor meer details zie 'De bijzondere plaats van het familierecht ...', par. 2)

gebruikt de wetgever zijn dwingende macht alleen om de voor de maatschappij meest schadelijke ongeregelde heden te voorkomen en om grenzen te stellen aan passies en misbruiken waarvan het al te vermetel zou zijn ze te willen uitroeien. In dit opzicht wordt de echtscheidingsvraag een louter burgerlijke vraag waarvan men de oplossing moet zoeken in de voor- en nadelen die het gevolg kunnen zijn van de echtscheiding zelf, beschouwd vanuit een politiek oogpunt. Elke tijd heeft begrepen dat het even gevaarlijk als onmenselijk is echtgenoten die onder elkaars aanwezigheid gebukt gaan zonder enige mogelijke terugweg aan elkaar te blijven binden. Vandaar dat zelfs bij volkeren die de onverbreekbaarheid van het huwelijk in de burgerlijke wetgeving hebben opgenomen, het gebruik bestaat van feitelijke scheidingen die de band van het huwelijk versoepelen zonder hem te verbreken.

Op de voor- en nadelen van echtscheiding zijn uiteenlopende visies naar voren gebracht door de verschillende auteurs die over dit onderwerp geschreven hebben. Ten gunste van de echtscheiding is gezegd dat men het huwelijk al zijn aangename kanten ontnemt door het onverbreekbaar te verklaren; dat men de huwelijksband verzwakt door hem al te strak te willen aantrekken; dat de huishoudelijke lasten afschuwelijk worden voor wie slechts het troosteloos beeld van hun eeuwig voortbestaan voor ogen staat; dat het leven van echtgenoten die niet met elkaar overweg kunnen, maar onscheidbaar verenigd zijn, verloren is voor het nageslacht; dat de goede zeden in het gedrang worden gebracht door onverbreekbare huwelijken tussen slecht bij elkaar passende personen; dat een echtgenoot *die walgt van een vrouw waarmee hij onafscheidelijk verbonden is zich overlevert aan praktijken die [489] hoogstens de geneugten van het huwelijk vertegenwoordigen zonder het doel ervan te verwezenlijken*; dat de kinderen niet meer lijden onder een echtscheiding dan onder de geschillen die een ongelukkig huwelijk verscheuren; dat, tenslotte, de absolute onverbreekbaarheid niet minder strijdig is met het algemeen welzijn van de Staat dan met het reële welzijn der families.

Van de andere kant is het antwoord dat het gevaarlijk is het hart aan zijn grillen en zijn wisselvalligheid uit te leveren; dat men de afkeer der huishoudelijke taken leert verdragen en zich zelfs inzet om ze te voorkomen wanneer men weet dat men niet uit de echt kan scheiden; dat daar waar de echtscheiding is toegestaan, er geen maritale of vaderlijke macht en geen huishoudelijk bestuur meer

zijn; dat de scheiding van tafel en bed voldoende is om de ongemakken van het gemeenschappelijke leven te verlichten; dat echtscheiding vrouwen en kinderen nauwelijks tot voordeel strekt; dat ze de goede zeden bedreigt door een te grote vrijheid te laten aan de passies; dat mensen niets meer als heilig en met religieus respect beschouwen indien de huwelijksband niet onaantastbaar is; dat de bestendige voortzetting van de menselijke soort veel beter verzekerd wordt door het vertrouwen tussen trouwe echtgenoten dan door banden waarvan de stabiliteit en zekerheid ondermijnd kunnen worden door voorbijgaande lusten; dat, tenslotte, de duurzaamheid en de goede orde van de maatschappij wezenlijk afhangen van de stabiliteit der families, die de eerste van alle maatschappijen zijn, de kiem en de grondslag van grote rijken.

Dit zijn de beschouwingen die voor en tegen echtscheiding werden ingebracht. Er volgt uit dat het nut van de echtscheiding gegrond wordt in het gevaar en in de hevigheid der passies en dat de nadelen die men onlosmaakbaar verbonden acht met absolute onverbreekbaarheid alleen zouden kunnen verdwijnen ten koste van uiterste matiging der begeerte en van beoefening der strengste deugden. Wat moet de wetgever nu doen? Zijn wetten moeten nooit volmaakter zijn dan de mensen voor wie ze bestemd zijn kunnen verdragen.¹⁷ Hij moet te rade gaan bij de zeden, de [490] aard, de politieke en religieuze gesteldheid van de natie die hij vertegenwoordigt. Is er een overheersende religie? Welke zijn de leerstellingen van die religie? Of zijn alle erediensten zonder onderscheid toegelaten? Verkeert de maatschappij nog in de kinderschoenen of heeft ze reeds de levensavond bereikt? Welke is de regeringsvorm? Al deze vragen beïnvloeden, meer dan men denkt, de echtscheidingsvraag.

Laat ons niet uit het oog verliezen dat het er niet om gaat te weten of de echtscheiding een goed op zich is, maar of het passend is dat de wetten de sterke arm tussenbeide laten komen in een materie die van nature zo vrij is en waarin het hart zo'n grote rol hoort te spelen. In een maatschappij in wording wordt het huwelijk vrijwel uitsluitend beschouwd in relatie tot de voortzetting van de soort, omdat een nieuw volk er behoefte aan heeft te groeien en zich te vermenigvuldigen. Het is voor eenvoudige en weinig be-

17. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XIX, 21; onder verwijzing naar een woord van Solon over zijn wetgeving voor Athene.

schaafde mensen beslist geen ongemak om veel kinderen te hebben; ze vrezen eerder er niet genoeg te hebben. Het is geen schandaal als een vrouw achtereenvolgens van de armen van de ene echtgenoot in die van de andere overgaat. Te vondeling leggen van zwakke of misvormde kinderen is geoorloofd. Het is personen die ten gevolge van hun leeftijd niet meer geschikt zijn om aan de opzet van de natuur te beantwoorden verboden te huwen. Het huwelijk wordt dan beheerst door politieke eerder dan door burgerlijke en natuurlijke wetten. Het oude gebruik dat een Romeins burger toestond zijn vrouw aan een ander uit te lenen om er een beter soort kinderen van te krijgen, was een politieke wet. Wanneer een natie gevormd is, zijn er mensen genoeg. Het belang van de voortplanting laat zich minder voelen. Er is meer bekommernis met de aangename kanten en met de waardigheid van het huwelijk dan met het doel ervan. Men tracht een vaste familie-orde in te stellen en de liefde aan een zodanig bestel te onderwerpen dat ze die orde nooit kan verstoren. [491] Echtscheiding wordt dus al dan niet toegelaten naargelang de in elk land geldende zeden en ideeën, naargelang men meent de vrouwen meer of minder vrijheid te moeten laten, naargelang de mannen meer of minder alleenheerser zijn, naargelang men er belang bij heeft het bestuur van het huishouden meer of minder streng te maken, de gelijkheid der vermogens te bevorderen of de te verregaande verdeling ervan te beletten.

In onze moderne tijden zijn het vooral de religieuze doctrines die de wetten inzake echtscheiding beïnvloed hebben. De echtscheiding was toegestaan bij de Romeinen. Het christendom vestigde zich in het keizerrijk. De echtscheiding vond nog plaats tot in de negende eeuw. Maar uiteindelijk moest ze wijken voor de nieuwe beginselen die omtrent de aard van het huwelijk opgang maakten. Zolang de katholieke religie overheerste in Frankrijk en zolang de religieuze instellingen onverbreekelijk verbonden waren met de burgerlijke, was het uitgesloten dat de burgerlijke wet een verbintenis verbreekbaar zou maken die de religie, zelf staatswet, als onverbreekbaar beschouwde. Tussen de beginselen die de mensen besturen bestaat noodgedwongen harmonie. Tegenwoordig is godsdienstvrijheid een fundamentele wet en het merendeel der religieuze doctrines staat voortaan echtscheiding toe. De mogelijkheid om uit de echt te scheiden is bij ons dus verbonden met de gewetensvrijheid.

De burgers kunnen diverse religies belijden; maar er moeten

wetten zijn voor allen. Wij hebben dus gemeend de echtscheiding bij ons niet te moeten verbieden, omdat onze wetten dan te zeer in tegenspraak zouden zijn met de verschillende godsdiensten die haar toestaan, en omdat het een illusie is te hopen dat ze in de ogen van de mensen die deze godsdiensten belijden in staat zouden zijn van het huwelijk een steviger band te maken dan de religie zelf. De burgerlijke wet kan trouwens zeer wel, onafhankelijk van de overweging afgeleid uit de verscheidenheid der godsdiensten, [492] uit vrees voor groter kwaad beslissen af te zien van het gebruik van dwang om ongelukkige echtgenoten te verplichten samen te blijven of te leven in een gedwongen celibaat dat even schadelijk is voor de zeden als voor de maatschappij. Een wetgeving die aan alle burgers, zonder aanzien des persoons, de mogelijkheid laat om uit de echt te scheiden, zonder echtgenoten wier geloof echtscheiding verbiedt in verlegenheid te brengen, is de logische consequentie van ons regime, dit wil zeggen van de politieke en religieuze toestand in Frankrijk.

Aangezien echter de gelofte van eeuwige trouw in het huwelijk uit de natuur zelf voortvloeit, moeten de wetten een heilzame rem zetten op de passies; ze moeten beletten dat het heiligste der contracten een speelbal van gril en onstandvastigheid of zelfs het voorwerp van allerlei schandelijke speculaties uit lage inhaligheid zou worden. Sinds het uitvaardigen van de revolutionaire wetgeving kon het eenvoudig aanvoeren van de onverenigbaarheid van aard en karakter de ontbinding van het huwelijk met zich brengen. Aanvoeren is niet bewijzen; de onverenigbaarheid van aard en karakter kan zelfs niet op dwingende en wettige wijze bewezen worden. De echtscheiding op een dergelijke grond toestaan komt er dus uiteindelijk op neer dat men elk van de echtgenoten het kwalijke recht toekent willekeurig het huwelijk te ontbinden. Is er ook maar één overeenkomst in de wereld die door een der contractanten naar willekeur en gril ontbonden kan worden zonder instemming van de partij waarmee hij de overeenkomst gesloten heeft?

Sommigen wijzen erop dat het aanvoeren van de onverenigbaarheid van aard en karakter zeer reële gronden kan verbergen waarvan de publieke bespreking familie en samenleving tot schande zou strekken. Men voegt hieraan toe dat het echtelijk samenleven ondraaglijk kan worden ten gevolge van allerlei vijandige handelwijzen, bittere verwijten, dagelijkse blijken van minachting, steeds terugkerende, vinnige en hardnekkige twisten, in één woord door

een veelheid van handelingen die, [493] al zijn ze afzonderlijk niet als ernstig te beschouwen, in combinatie het ongeluk en de kwelling vormen van de echtgenoot die ze ondergaat. Dat kan allemaal waar zijn. Maar het is evenzeer waar dat het eenvoudig aanvoeren van de onverenigbaarheid van aard en karakter slechts de afwezigheid van elke redelijke grond kan verbergen. Wie waarborgt ons dat er voldoende gronden zijn voor een echtscheiding, wanneer er geen enkele met zoveel woorden uitgesproken wordt? Het huwelijk is geen toestand maar een staat. Het mag geenszins lijken op die voorbijgaande en vluchtige verenigingen die door het genot tot stand komen en ermee eindigen en die door de wetten van alle beschaafde volkeren veroordeeld zijn.

Het heet dat slecht bij elkaar passende echtgenoten geholpen moeten worden. Onze zeden en gebruiken worden ervan beschuldigd slechte huwelijken voort te brengen. Gemakkelijke echtscheiding zou dan de enige remedie zijn voor die kwalen. Het is maar al te waar dat mensen vaak in de echt treden zonder elkaar te kennen en gedoemd zijn samen te leven zonder van elkaar te houden. Het is maar al te waar dat het tot stand brengen van huwelijksverbintenissen en de lotsbestemming der families beheerst worden door oogmerken van eerzucht en hebzucht en dikwijls door gril en lichtzinnigheid. Moreel en natuurlijk fatsoen worden doorgaans opgeofferd aan burgerlijk fatsoen. Maar moeten deze misbruiken andere oproepen? Moet de corruptie der wetten die der mensen nog vermeederen? Moet het bestaan van slechte huwelijken tot het besluit leiden dat er helemaal geen heilige en onaantastbare huwelijken meer mogen zijn? Wanneer misbruiken alleen maar het werk zijn van de passies kunnen ze gecorrigeerd worden door de wetten; maar wanneer ze het werk zijn van de wetten *is de kwaal ongeneeslijk, want dan steekt ze in de remedie zelf*.¹⁸

De wetten doen alles wat in hun macht ligt om bij het aangaan van huwelijken mogelijk onherstelbare dwalingen en vergissingen te voorkomen. Ze waarborgen de contractanten de grootst mogelijke vrijheid. Ze verlenen de overeenkomst de grootst mogelijke openbaarheid. Ze eisen vaderlijke instemming, [494] een instemming die zeer wel gemotiveerd wordt door de treffende overweging dat de vaderlijke wijsheid, verlicht als ze is door de tederste gevoelens, boven alle andere wijsheid verheven is. Bereiken de wetten in weerwil van

18. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, IX, 1.

deze voorzorgen niet steeds het doel dat ze voor ogen hebben, laat ons dit dan alleen wijten aan de onvermijdelijke menselijke tekorten.

Wat is dat voor een ogenblik waarop ten gerieve van slechte huwelijken de eis weerklinkt dat echtscheiding zou moeten kunnen worden verkregen met het grootste gemak? Juist het ogenblik waarop huwelijken vrijer zullen worden dan ooit tevoren en echtgenoten, doordat politieke gelijkheid de extreme ongelijkheid der condities heeft doen verdwijnen, zich door de milde ingevingen der natuur zullen kunnen laten leiden en niet meer zullen moeten strijden tegen de vooroordelen van de blinde trots, tegen al die sociale ijdelheden *die verwantschap en huwelijk de bijbetekenis gaven van een keurslijf, van beklemmende dwang en zelfs, zouden wij durven zeggen, van noodlottigheid*. Thans valt te vrezen dat zedeloosheid in de plaats treedt van de vroegere benauwenis der huwelijken en dat ten gevolge van de te grote echtscheidingsvrijheid een om zo te zeggen wettige bandeloosheid, vrucht van een goedgekeurde onstandvastigheid, de plaats van het huwelijk zelf inneemt.

Maar, zo heet het, als men het eenvoudig aanvoeren van de onverenigbaarheid van aard en karakter van de hand wijst, dan vallen alle voordelen van de echtscheiding weg. Wij stellen daar tegenover dat het daarop gebaseerde rechtsmiddel laten bestaan slechts kan uitdraaien op verergering en uitbreiding van de misbruiken van echtscheiding. Het aanvoeren van deze onverenigbaarheid zal het rechtsmiddel worden van al wie er geen heeft. De meest gewichtige en verheven overeenkomst zal geen enkele bestendigheid vertonen en geen enkele eerbied afdwingen. De zeden zullen voortdurend worden geschonden door de wetten.

De echtscheiding kon ook door onderlinge toestemming te weeggebracht worden, op grond van het feit dat het huwelijk een maatschap is en dat een maatschap geen eeuwigdurend karakter kan hebben. [495] Maar kan men het huwelijk gelijkstellen met een gewone maatschap? Het huwelijk is een maatschap, maar de meest natuurlijke, heilige, onaantastbare van alle. Het huwelijk is noodzakelijk; de andere maatschapcontracten zijn dat niet. De doeleinden van gewone maatschappen worden willekeurig bepaald door de menselijke wil, het doel van het huwelijk wordt bepaald door de natuur zelf. In gewone maatschappen gaat het enkel om het min of meer beperkte samenbrengen van goederen of nijverheid. Goederen spelen slechts een toevallige rol bij het huwelijk: het wezen van de overeenkomst is de vereniging van personen. In

gewone maatschappen bedingt men voor zichzelf, over belangen die strikt persoonlijk zijn, zich onttrekken aan de openbaarheid, en als heer en meester van zijn eigen vermogen. In het huwelijk bedingt men niet alleen voor zichzelf maar ook voor anderen. Men verbindt zich ertoe om als het ware de beschermengel te worden van de nieuwe familie die men gaat stichten. Men bedingt voor de staat, voor de algemene maatschap van de menselijke soort. Het publiek is dus altijd betrokken partij bij huwelijksvragen; en, afgezien van het publiek, zijn er altijd derden die scrupuleuze bescherming verdienen en die men niet mag willen of kunnen schaden. De huwelijksgemeenschap lijkt dus op geen enkele andere. Wederzijdse toestemming kan bijgevolg het huwelijk niet ontbinden, hoewel zij elke andere maatschap kan ontbinden.

Ziekten of gebreken kunnen ons inziens evenmin legitieme gronden zijn voor echtscheiding. Hebben de beide echtgenoten zich niet verenigd voor goede en kwade dagen? Moeten ze elkaar in de steek laten wanneer alles hen de plicht oplegt om elkaar bij te staan? Houden met de aangename kanten en met de geneugten ook de plichten op? Is het huwelijk niet, naar de mooie uitdrukking der Romeinse wetten, [496] een volledige en volmaakte vereniging die veronderstelt dat beide echtgenoten deelhebben aan de goede en de kwade kanten van het leven en dat ze al het goddelijke en al het menselijke met elkaar delen? De invaliditeit van de echtgenoot, waarin men een vrijbrief zou willen vinden om hem te verstoten, is wellicht tijdens het huwelijk zelf opgelopen: hoe zou het een redelijke grond voor echtscheiding kunnen worden? Moeten medelijden en erkentelijkheid dan de liefde niet te hulp snellen? De natuur, die de mens heeft onderscheiden met gevoel en rede, heeft gewild dat de verplichtingen die uit de vereniging der geslachten voortvloeien steeds geregeerd worden door de rede en door het gevoel.

In sommige geschriften wordt beweerd dat elke grond voor scheiding van goederen¹⁹ ook een grond voor echtscheiding moet

19. De scheiding van goederen, toegestaan onder het Ancien Régime terwijl de echtscheiding dit niet was, liet de vrouw toe haar goederen uit de huwelijksgemeenschap te nemen indien haar belangen in gevaar waren (OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *Histoire du droit privé*, III, *Le droit familial*, Parijs, P.U.F, 1968, 266–267). Dit eenzijdige recht van de vrouw was het complement van de eenzijdige bestuursbevoegdheid van de man: aangezien zij voor het behoud van haar goederen afhankelijk was van het bestuur van de man, moest zij beschikken over een verweermiddel voor het geval de man de goederen slecht beheerde.

zijn, dat het ene samengaat met het andere. Maar waarom zouden de middelen die scheiding van goederen kunnen rechtvaardigen bij machte zijn om het huwelijk te ontbinden? Het huwelijk is niets anders dan een vereniging van personen; de echtgenoten staat het vrij al dan niet hun vermogen in te brengen. Waarom dan het huwelijk laten afhangen van iets dat er eigenlijk vreemd aan is? De scheiding van bed bracht vroeger de scheiding van goederen met zich, maar de scheiding van goederen heeft nooit de scheiding van bed met zich gebracht. Een man kan een slecht beheerder zijn zonder een slechte echtgenoot te zijn. Hij kan recht hebben op de aanhankelijkheid van zijn echtgenote zonder ten aanzien van bepaalde zaken recht op haar vertrouwen te hebben. Zal deze echtgenote dan gedwongen worden haar hart geweld aan te doen om haar vermogen te bewaren of haar vermogen op te geven teneinde de ingevingen van haar hart te volgen? De echtscheiding mag in het algemeen niet worden uitgesproken zonder goede grond. De gronden voor de echtscheiding moeten kennelijke inbreuken op de overeenkomst zijn. Daarom aanvaarden wij als wettelijke gronden enkel de burgerlijke dood, die naar het voorbeeld van de natuurlijke is opgevat, [497] alsmede de misdaden of wanbedrijven waarover de ene echtgenoot zich jegens de andere kan beklagen.²⁰ Wij hebben niet gemeend dat het toelaatbaar was om de echtscheiding gemakkelijker te maken dan vroeger de scheidingen waren.

Echtscheidingsvragen vielen weleer onder de bevoegdheid van de familieraad. Wij hebben ze aan de rechtbanken toevertrouwd. De tussenkomst van het gerecht is onontbeerlijk wanneer het om zulke belangrijke zaken gaat. Een familieraad, gewoonlijk samengesteld uit personen die op voorhand bewerkt waren om in te stemmen met al wat men van hen verlangde, was niet meer dan een schaar van trawanten of meelopers die steeds klaar stonden om met de echtgenoten samen te spannen tegen de wetten. Verwanten kunnen overigens gemakkelijk verdacht worden van liefde of haat jegens de ene of de andere partij; hun belang heeft een

20. In de uiteindelijke tekst van de code civil werden de gronden tot echtscheiding ruimer geformuleerd: zij kon worden bekomen hetzij door wederzijdse overeenstemming (art. 233 c.c.), hetzij op grond van het overspel van de vrouw (art. 229 c.c.), het onderhoud van bijzit in de echtelijke woning door de man (art. 230 c.c.), geweld daden, mishandelingen of grove beledigingen (art. 231 c.c.) of de veroordeling van de andere echtgenoot tot een schandstraf (art. 232 c.c.).

grote invloed op hun overtuiging. Ze weten, in zaken die besloten gezelschappen met zoveel lichtzinnigheid behandelen, zelden de ernst te bewaren die door de moraal verlangd wordt in al wat de zeden raakt. Een droeve ervaring heeft al te duidelijk aangetoond dat vrienden of verwanten, bijeengeroepen om over een echtscheiding te beslissen, menen dat er geen betere manier is om de hen verleende opdracht te vervullen dan een vooraf opgestelde beslissing te ondertekenen en zich onverschillig te tonen voor de ware toedracht der feiten.

Bovendien behoort alles wat de burgerlijke staat der mensen, hun overeenkomsten en hun rechten betreft wezenlijk tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht. Indien de echtscheiding enkel nog kan worden uitgesproken op goede gronden, dan moet de waarheid van die gronden worden nagetrokken. Men ziet wel in dat de feitelijke en juridische vragen die deze bewijsvoering kan meebrengen alleen voor een rechtbank ernstig besproken kunnen worden. Om het gevaar van nutteloze woordentwisten te keren hebben wij een bijzondere procedure uitgestippeld die deze gronden op toereikende en betrouwbare wijze moet kunnen vaststellen zonder ze openbaar te maken. Wil men voorkomen dat de behandeling van echtscheidingszaken aanleiding geeft tot schandaal, dan moet ze met gesloten deuren plaatsvinden. [498] Wij hebben alle mogelijkheden opengelaten die tot verzoening en toenadering van de echtgenoten kunnen leiden. De echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt dient bij wijze van schadeloosstelling enkele van de voordelen bepaald in de huwelijksovereenkomst te behouden.²¹ Wij gaan er immers van uit dat hij de echtscheiding slechts kan verkrijgen op goede grond; zijn vordering, die een einde maakt aan zijn ongeluk, berooft hem niettemin van zijn staat en laat derhalve een aanzienlijke schade bestaan die vergoed moet worden. Er valt niet te aarzelen tussen de persoon die de echtscheiding doet uitspreken en diegene die haar onvermijdelijk gemaakt heeft. Wij hebben gemeend dat met het oog op de openbare eerbaarheid een wachttijd moet worden ingesteld tussen de echtscheiding en een tweede hu-

21. Krachtens art. 300 c.c. behield de echtgenoot die de echtscheiding verkreeg *alle* hem in een huwelijkscontract of nadien beloofde voordelen, zelfs al waren die slechts onder voorwaarde van wederkerigheid toegekend en ging de wederkerigheid teloor op grond van art. 299 c.c., dat de 'schuldige echtgenoot' sanctioneerde.

welijk.²² Indien de rechter hoopt dat de huiselijke vrede hersteld kan worden, dan heeft hij het recht slechts een tijdelijke scheiding te bevelen.²³ Zolang hij niet genoodzaakt is een uitspraak te doen houdt hij het bij aanmaningen en verzoeken.

In het algemeen heeft ons bij onze ontwerpen van wetgeving omtrent echtscheiding het volgende doel voor ogen gestaan: misbruik ervan voorkomen en het huwelijk beschermen tegen zedenverwilderings. De weg naar het kwaad is vlug afgelegd want hij loopt steil omlaag; de terugweg naar het goede vergt dus grote inspanning. Het gezin komt tot stand door het huwelijk en is de kweekplaats van de staat. Elke familie is een bijzondere en afzonderlijke maatschappij waarvan het bestuur de grote familie die ze alle omvat aanbelangt.²⁴ Van de andere kant is het, op grond van de ideeën die we over de huwelijksvereenkomst geformuleerd hebben, vanzelfsprekend dat ze in het leven wordt geroepen door de toestemming der partijen. Juist door de trouw en het gegeven woord verdient de gezellin met wie een man zich verenigt de hoedanigheid van echtgenote – een zo eerbiedwaardige hoedanigheid dat het, naar de uitdrukking der ouden, niet de wellust maar de deugd, de eer zelf is die haar bij die naam laat noemen. Maar het is evenzeer vanzelfsprekend dat er behoefte was aan geruststelling omtrent de ware intenties van de man en de vrouw die zich verenigen, op basis van voorwaarden en vormvereisten die het mogelijk moeten maken de aard van die vereniging te kennen en de gevolgen ervan te waarborgen. [499] Vandaar al die voorzorgsmaatregelen waarover wij het reeds gehad hebben en die getroffen zijn met het oog op de eerbearheid en de zekerheid van het huwelijk. Dankzij die voorzorgsmaatregelen zijn de echtgenoten bekend. Hun verbintenis wordt onder de bescherming geplaatst van de wetten, van de rechtbanken

22. Deze wachttijd bedroeg in de regel tien maanden (art. 296 c.c.) en had tot doel betwistingen over het vaderschap te voorkomen. Was de echtscheiding met wederzijdse toestemming tot stand gekomen, dan bedroeg de wachttijd echter drie jaar (art. 297 c.c.). De bedoeling hiervan was mensen te ontmoedigen van deze echtscheidingsmogelijkheid gebruik te maken (zie 'De bijzondere plaats van het familierecht ...', hoofdstuk 2).

23. Deze mogelijkheid bestond slechts indien de echtscheiding gevorderd werd op grond van geweld daden, mishandelingen of grove beledigingen (art. 259 c.c.). Verzoenden de echtgenoten zich niet binnen het jaar, dan was de rechtbank, bij bewezen feiten, verplicht de echtscheiding toe te staan (art. 260 c.c.).

24. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, IV, 1.

en van alle eerzame lieden. Men leert onderscheid maken tussen gebrek aan zelfbeheersing en huwelijkstrouw, tussen de dwalingen der passies en het geordend gebruik van de rechten die de mensheid het dierbaarst zijn.

De werking van de natuur bij het mysterie van de voortplanting is ondoorgrondelijk. Wij zijn nu eenmaal niet bij machte de sluier op te lichten die ze ons verbergt. Zonder een openbaar en plechtig huwelijk zouden alle afstammingsvragen onopgehelderd blijven; het moederschap kon dan al vaststaan, het vaderschap nooit. Is er echter een formeel huwelijk, erkend door de wet en door de maatschappij, dan is de vader bepaald: het is diegene die door het huwelijk wordt aangewezen. Het vermoeden van de wet, gegrond in het samenwonen der echtgenoten, het belang en het toezicht van de man, de verplichting eerder de onschuld dan de misdaad van de vrouw te veronderstellen maakt een eind aan alle twijfels van de rechter en waarborgt de staat der personen en de rust der families.

De regel dat de vader diegene is die door het huwelijk wordt aangewezen vertoont zovele voordelen dat hij slechts mag wijken voor het klaarblijkelijk bewijs van het tegendeel.²⁵

De kinderen geboren uit een geregeld huwelijk worden wettig genoemd omdat ze de vrucht zijn van een verbintenis waarvan de rechtmatigheid en de geldigheid vanuit het oogpunt der wetten geen twijfel dulden. In geval van een nietig huwelijk dat door beide echtgenoten of door een van hen te goeder trouw is aangegaan, komt de staat der kinderen niet in het gedrang. De positieve wetten – die nooit helemaal van de natuurwet afwijken en die, als ze zich ervan schijnen te verwijderen dit slechts doen om de doeleinden van deze wet beter in overeenstemming te brengen met de noden van de maatschappij – [500] hebben het natuurlijk beginsel gehuldigd volgens hetwelk het wezen van het huwelijk in de trouw ligt

25. De regel uiteindelijk opgenomen in het wetboek beschermde het vaderschap van de echtgenoot nog sterker. Ontkenning van het vaderschap was alleen mogelijk in geval de echtgenoot tijdens de wettelijke conceptieperiode in de fysieke onmogelijkheid verkeerde met zijn vrouw geslachtsgemeenschap te hebben, waarbij impotentie, anders dan als gevolg van een ongeval, uitdrukkelijk niet als zo'n fysieke onmogelijkheid werd opgevat, of indien de vrouw overspel had gepleegd *en* de geboorte van het kind voor de echtgenoot verborgen had gehouden (art. 312–313 c.c.). In vele gevallen waarin zonder problemen kon worden bewezen dat de echtgenoot niet de verwekker van het kind was (b.v. openlijke samenwoning van de moeder met een andere man), was ontkenning van het vaderschap dus niettemin uitgesloten.

die de echtgenoten elkaar schenken. Hoewel in de regel enkel een huwelijk dat is aangegaan in de voorgeschreven vorm en in overeenstemming met het gestelde recht de kinderen wettigt, erkent men daarom ook die kinderen als wettig die geboren zijn uit een vermeend huwelijk, dit wil zeggen een huwelijk dat de echtgenoten voor wettig gehouden hebben en dat de partijen vrij hebben aangegaan met de bedoeling de onverbrekkelijk met hun staat verbonden verplichtingen na te leven en duurzaam samen te leven onder de hoede van de deugd en in de zuiverheid van de huwelijksliefde.

Voor het aannemen van dit beginsel hebben twee hoofdredenen gepleit. De eerste is het aanzien van de naam van het huwelijk, een zo machtige naam dat zelfs zijn schaduw volstaat om de afstamming van kinderen te zuiveren. De tweede is de goede trouw van diegenen die zo'n verbintenis hebben aangegaan; het vaderland houdt het hen ten goede dat ze de bedoeling hadden het wettige kinderen te schenken. Ze zijn een rechtschapen verbintenis aangegaan en hebben in de overtuiging geleefd dat ze het voorschrift van de wet gehoorzaamden, teneinde wettige nakomelingen na te laten. Een onbekend beletsel, een onvoorziene gebeurtenis misleidt nu hun vooruitziende blik: derhalve beloont men toch de wens, de schijn en de naam van het huwelijk in hun persoon en kijkt men minder naar wat de kinderen zijn dan naar wat de vaders en moeders gewild hadden dat ze zouden zijn. Men heeft het aanzien van het gemene recht zo'n ruime toepassing willen geven dat de goede trouw van een der contractanten voldoende geacht werd om de uit het huwelijk voortgesproten kinderen te wettigen. Enkele oude rechtsgeleerden hebben weliswaar gemeend dat in zo'n geval de kinderen wettig moesten zijn in verhouding tot de ene echtgenoot en onwettig in verhouding tot de andere; hun mening is evenwel verworpen, omdat de staat der mensen ondeelbaar is en omdat men, in geval van samenloop, tenvolle voor de wettigheid moet opteren.

De vraag is gerezen of [501] vóór het huwelijk geboren kinderen gewettigd moeten worden door dat huwelijk achteraf. De Engelse wetten laten de wettiging door het opvolgend huwelijk niet toe; ze beschouwen dat soort wettiging als iets dat losbandigheid zou kunnen bevorderen en de orde der families verstoren. In Frankrijk is men eerder te rade gegaan bij de natuurlijke billijkheid die ten gunste van de kinderen pleit dan bij de staatsraison die alles opoffert aan het belang van de maatschappij als geheel. Onze wetten nemen

aan dat de vader en de moeder die met elkaar huwen na in een ongeoorloofde verhouding geleefd te hebben steeds de bedoeling hebben gehad zich door de banden van een plechtig huwelijk te verbinden. Ze veronderstellen dat het huwelijk, minstens naar wil en verlangen, aangegaan is vanaf het tijdstip van de geboorte der kinderen en verlenen het, door middel van een billijke fictie, terugwerkende kracht. Wij hebben niet gemeend deze bepaling, die de billijkheid van onze voorvaders ons lijkt te hebben aanbevolen, te moeten wijzigen; maar wij hebben herinnerd aan de voorzorgen die moeten voorkomen dat ze gevaarlijk wordt.

De staat van buiten het huwelijk geboren kinderen is steeds min of meer onzeker, omdat hij, gespeend van de steun van enig rechtsvermoeden, slechts berust op duistere feiten waarvan het bewijs vaak onmogelijk is. Het is voorgevallen dat uit het niets opduikende heerschappen, die zich het kwalijke van hun afkomst niet konden ontveinzen, dankzij het bestaan van de wettiging door opvolgend huwelijk met bedriegelijke eisen tot genoegdoening de rust der families kwamen verstoren. Die eisen, die bijna zonder uitzondering eerst na de dood van al wie ze had kunnen afslaan werden ingesteld, deden de rechtbanken weergalmen van twisten die door hun aanstootgevend en gevaarlijk karakter de ganse maatschappij op haar grondvesten deden schudden. Die onverkwikkelijkheden zijn te voorkomen indien de wet de wettiging door opvolgend huwelijk enkel toepast op kinderen die op wettige wijze erkend worden op het tijdstip zelf van de huwelijksluiting. Aangezien de wet geen vermoeden hanteert en dat ook niet zou kunnen doen voor kinderen geboren uit een relatie die ze niet erkent, [502] moeten deze kinderen door hun verwekkers erkend worden opdat ze rechten zouden kunnen opeisen. Ware dit niet zo, dan zouden de eer der vrouwen, de rust der gezinnen en het vermogen der burgers voortdurend in gevaar verkeren. De nieuwe wetgeving heeft dit euvel vermeden en wij behouden op dit stuk de bepalingen van deze wetgeving.

Het bezit was het eerste en gedurende lange tijd enige bewijs van de staat van de persoon. Als echtgenoot of kind werd diegene erkend die openlijk in deze of gene betrekking in een familie leefde. Sinds de ontdekking van het schrift is dat alles veranderd; huwelijk, geboorte en overlijden worden vastgelegd in registers. Dientengevolge wordt het meest wettige bewijs van de staat van de persoon geleverd door de openbare registers. Dit beginsel is een vorm van

volkenrecht dat gemeenschappelijk is aan alle beschaafde volkeren. Dit bewijs, hoe authentiek en wettig het ook moge lijken, is echter niet het enige; en aangezien het onrechtvaardig is dat nalatigheid der ouders, plichtsverzuim van de bewaarders van de openbare registers, rampen en de tand des tijds een mens in de onmogelijkheid zouden brengen zijn staat te bewijzen, laat de wet in haar billijkheid in al die gevallen een ander bewijs toe dat het ontbreken en het verlies van registers kan compenseren; en dit bewijs kan enkel gehaald worden uit andere geschriften en getuigenverklaringen. Laat ons nochtans opmerken dat het getuigenbewijs in zaken die de staat van de persoon betreffen beslist niet zonder voorzorgen mag worden toegelaten. Het is nooit toegelaten zonder een begin van schriftelijk bewijs. Er is behoefte aan beveiliging bij een bewijs dat zoveel wantrouwen wekt: getuigen kunnen worden omgekocht of verleid; hun geheugen kan falen; ze kunnen zich zonder het zelf te beseffen [503] door vreemde influisteringen laten meeslepen. Alles waarschuwt ons ervoor dat men bij eenvoudige getuigenverklaringen op zijn hoede moet zijn.

Wie het gemak waarmee het getuigenbewijs in strafrechtelijke zaken wordt toegelaten als argument zou aanvoeren waar het om de staat van de persoon gaat, zou verkeerd redeneren. Zou de wet dat bewijs in strafrechtelijke zaken verwerpen, dan zou ze het zichzelf onmogelijk maken het misdrijf te achterhalen dat ze wil onderdrukken. Immers, misdrijven zijn feiten waarbij het geschrift slechts toevallig en zelden een rol speelt: welnu, zuivere feiten kunnen alleen door getuigen bewezen worden. Dat men in gevallen van opsporing en onderzoek van misdrijven welwillend reageert op het getuigenbewijs is dus zonder meer een kwestie van noodzaak. In zaken die de staat van de persoon betreffen doet zich diezelfde noodzaak niet voor. De wet wil dat die staat wordt vastgesteld op basis van voor het publiek toegankelijke herkenningstekens; haar bekommernis gaat veeleer uit naar de familie dan naar de enkeling. Het kleine wel en wee van een burger die misschien ten onrechte in zijn staat geschaad wordt raakt haar minder dan het gevaar dat de ganse maatschappij zou bedreigen indien men op basis van een paar bij elkaar geschooide of verdachte getuigenissen in staat zou zijn om onbekende heerschappen te laten inburgeren in een familie waarvan ze geen deel uitmaken. Ten tweede gaat het bij het opsporen van een misdrijf niet om een feit dat teruggaat tot een lang vervlogen tijdstip maar om een feit dat zich om zo te zeggen voor

onze ogen afspeelt. Welnu, het getuigenbewijs is het natuurlijk bewijs van recente feiten. Dat soort bewijs is minder geschikt in zaken waarvan de oorsprong bijna steeds verborgen ligt in een ver verleden en die door toedoen van verwarrende omstandigheden doorgaans noch zekerheid noch gemoedsrust opleveren. Tenslotte wordt het getuigenbewijs in het onderzoek van misdrijven uitgezuiverd door tegenspraak, door wraking vanwege de verdachte en door een hele reeks vormvereisten die hem het recht waarborgen om zich te verdedigen. Waar het daarentegen de staat van de persoon betreft wordt een geding meestal slechts aanhangig gemaakt na het overlijden [504] van de personen die het mysterie zouden kunnen ophelderen of de laster afslaan: de middelen die in strafrechtelijke zaken uitstekende diensten bewijzen bij het vrijdelen van leugen en bedrog staan in dit geval niet ter beschikking. We hebben dus de stelregel bekrachtigd dat het getuigenbewijs wat de staat van de persoon betreft slechts toelaatbaar is in de mate dat het ondersteund wordt door een begin van doorslaggevender bewijs, met andere woorden door huisdocumenten, door geschriften van overleden en onverdachte personen, door schriftelijke mededelingen die ten gepaste tijde verstuurd en ontvangen werden, en tenslotte door een zekere samenloop van feiten die blijvende sporen hebben nagelaten zodat men ze met goed resultaat bijeen kan brengen om de ware toedracht der zaken op te helderen.

Nadat we de bewijzen hebben vastgelegd die de burgerlijke staat der personen moeten garanderen, zijn we in bijzonderheden getreden wat het bestuur van het gezin betreft. De echtgenoot is het hoofd van dat bestuur. De vrouw kan geen andere woonplaats hebben dan die van de echtgenoot. Deze beheert alles, houdt toezicht op alles, zowel op de goederen als op de zeden van zijn gezellin. Maar het beheer van de echtgenoot moet weloverwogen en zijn toezicht moet gematigd zijn. Zijn invloed vertaalt zich veeleer in bescherming dan in gezag: hij is de sterkere die zich geroepen weet om de zwakkere te verdedigen en te ondersteunen. Zowel de aard van de natie als de mildheid onzer wetten zijn afkerig van de onbegrensde heerschappij over vrouwen die men in bepaalde contreien gevestigd ziet. In zulk een beminnelijk geslacht dulden wij loslippigheden en onbedachtzaamheden die tegelijk een zekere bevalligheid hebben; en zonder daarom handelingen aan te moedigen die de orde zouden kunnen verstoren en de welvoeglijkheid aan-

tasten, wijzen we toch elke maatregel af die onverenigbaar zou zijn met de openbare vrijheid.

De kinderen moeten zich onderwerpen aan de vader. Deze echter moet enkel het oor te luisteren leggen bij de stem der natuur, de mildste en tederste aller stemmen. Zijn naam is er een van liefde zowel als van waardigheid en gezag; en zijn rechtsmacht, die ooit met zoveel religieuze eerbied als *vaderlijke toewijding* benoemd is, [505] kent geen andere strengheid dan die welke berouw vernag op te wekken in een verdwaald gemoed en die minder het opleggen van een straf dan het verdienen van vergiffenis beoogt. Het vaderlijk gezag houdt op bij de meerderjarigheid der kinderen; zij het slechts wat zijn burgerlijke gevolgen betreft: eerbied en erkentelijkheid blijven attenties en plichtsvervulling eisen, zonder dat ze evenwel worden opgelegd door de wetgever; en de achting der kinderen voor diegenen die hen het levenslicht geschonken hebben is dan eerder het werk van de zeden dan van de wetten.

In de loop der revolutie werd de meerderjarigheid vastgesteld op eenentwintig jaar. We hebben gemeend die vaststelling, die met tal van redenen omkleed kan worden, ongewijzigd te moeten laten. Door een samenloop van talloze oorzaken is de jeugd thans gevormd op priller leeftijd dan weleer; al te vaak zelfs is ze reeds afgeleefd op het moment dat ze de kinderschoenen ontgroeit. De tegenwoordig zo verspreide maatschappij- en ondernemingsgeest voorzien mensen van een veerkracht die de lessen der ervaring compenseert en die elkeen in staat stelt om vlugger het gewicht van zijn lotsbestemming te torsen. Ondanks deze overwegingen hebben we niettemin het vereiste van vaderlijke instemming met het huwelijk tot vijfentwintig jaar verlengd. Het huwelijk is immers een handeling die beslist over het geluk van het ganse verdere bestaan: het zou van weinig inzicht getuigen – gelet op het feit dat het om een zaak gaat die zo intiem verweven is met de werking van de meest geduchte passies – indien men de tijd gedurende welke de wetten de omzichtigheid van de vader paren aan de beslissing van het kind, al te zeer verkortte.

De voogdij is, in het bestuur van een huishouden, een soort vervangende magistratuur. Duur en functies ervan hebben we bepaald in navolging van de nagenoeg door alle beschaafde naties gedeelde regels. Een voogd wordt belast met het bestuur van de persoon en van de goederen; hij moet verkozen worden door de familie, in haar eigen schoot: het is immers noodzakelijk dat hij een

reëel belang heeft bij het behoud der goederen en dat hij tevens, vanuit een oogpunt van eer en affectie, belang heeft bij de opvoeding en het heil van de persoon. Het aan zijn zorgen toevertrouwde patrimonium mag hij niet vervreemden [506] zonder gegronde redenen of vormvereisten in acht te nemen. Hij moet het op verstandige wijze besturen, van trouw getuigen in het beheer ervan. Als beheerder is hij tevens rekenplichtig; hij is aansprakelijk voor eigen handelen. Handelt hij verkeerd, dan moet hij de veroorzaakte schade vergoeden. Tot zover de theorie der voogdij.

Zaken die de woonplaats betreffen hebben meestal ook te maken met die welke de staat van de personen betreffen. Zoals de woonplaats van de vrouw dezelfde is als die van de echtgenoot, zo ook is die van minderjarige kinderen dezelfde als die van hun vader of voogd. De civiele woonplaats heeft niets gemeen met de plaats waar men zijn politieke rechten uitoefent. De eerste kan zonder de tweede bestaan: zo bij vrouwen en minderjarigen. De tweede is een soort woonplaats die volgt uit het recht van burgerschap, vermits ze de plaats aanduidt waar diegene die aan de door de constitutionele wetten voorgeschreven voorwaarden voldoet, gemachtigd is de politieke rechten uit te oefenen die verbonden zijn met de hoedanigheid van staatsburger.

De civiele woonplaats is de zetel van iemands zaken, van zijn vermogen, zijn gebruikelijke woning. Eenvoudige afwezigheid behelst geen onderbreking van woonplaats. Men kan van civiele woonplaats veranderen wanneer men dat wil. Alle haar betreffende kwesties zijn een mengsel van juridische en feitelijke elementen. We hebben de regels vastgelegd waarmee iemands werkelijke woonplaats te bepalen is, vermits het zowel bij rechtsvorderingen als in het dagelijks verkeer van belang is te weten waar een persoon gevestigd is, wil men hem kunnen bereiken. Afwezigheid is een tijdelijke toestand. Men kan afwezig zijn uit eigenbelang of omwille van het belang van de republiek. Afwezig, en vooral wie afwezig is omwille van het algemeen belang, hebben bijzondere rechten op wettelijke bescherming: we hebben die rechten bepaald. Het was ook noodzakelijk de vermoedens te bepalen met betrekking tot het voortbestaan van afwezig van wie men sinds lang niets meer vernomen heeft; dit om te voorkomen dat gezinnen en eigendommen gebukt zouden gaan onder een rampzalige onzekerheid. We hebben vergelijkend onderzoek verricht wat de rechtspraak betreft inzake de diverse aspecten [507] van het probleem der afwezig en ge-

kozen voor die beginselen die ons het billijkst en het minst aan bezwaren onderhevig leken.

Men zal zien dat we ons in alle wetsontwerpen met betrekking tot de staat van de personen uitsluitend hebben bezig gehouden met hun burgerlijke staat; de politieke staat der personen wordt geregeld door de grondwet. We hebben het nochtans ook over de vreemdelingen gehad, om aan te duiden tot op welke hoogte ze in burgerlijke zaken gelijkgesteld kunnen worden met de Fransen en tot op welke hoogte ze van deze verschillen. De vaststelling dringt zich op dat volkeren in vroeger tijden weinig contact hadden met elkaar; dat staten geen onderlinge betrekkingen hadden, tenzij in geval van oorlog, met andere woorden om elkaar te vernietigen. In die tijden moet volgens de auteur van *L'Esprit des Lois* de oorsprong van het *onzinnige albanagium en strandrecht* gezocht worden.²⁶ *De mensen dachten, zo zegt hij, dat ze vreemdelingen gerechtigheid noch medelijden, in welke vorm ook, verschuldigd waren, omdat ze met hen geen enkele civielrechtelijke band hadden.*²⁷ Ten gevolge van de ontwikkeling van de handel hebben we die barbaarse en destructieve vooroordelen opgegeven. Het handelsverkeer heeft de mensen van alle landen en streken met elkaar verenigd en vermengd. Het kompas heeft de wereld ontsloten,²⁸ de handel heeft haar bewoonbaar gemaakt. Dientengevolge ging men vreemdelingen rechtvaardig en menselijk behandelen. De betrekkingen tussen volkeren breidden zich uit en het besef rees dat, al kan men als staatsburger slechts deel uitmaken van een bijzondere samenleving, men als mens deel uitmaakt van de algemene samenleving van de menselijke soort. Bijgevolg, al blijven de politieke instellingen voorbehouden aan de leden van elke staat afzonderlijk, tot de civiele instellingen, die veeleer de private rechten van de mens raken dan het openbaar statuut van de staatsburger, wordt ook de vreemdelingen toegang verleend.

Na alles te hebben doorgenomen wat met de personen te maken heeft, hebben we ons bezig gehouden met de goederen. [508] Er

26. Albanagium (droit d'aubaine): eertijds in Frankrijk geldend recht, waardoor aan de vorst de nalatenschap van vreemdelingen te beurt viel, wanneer deze binnen zijn grondgebied overleden zonder over hun goederen te hebben beschikt of genaturaliseerd te zijn; strandrecht (droit de naufrage): recht van de eigenaar van de kust op gestrande voorwerpen.

27. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXI, 17.

28. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXI, 21.

zijn verschillende soorten goederen en verschillende wijzen om ze te verkrijgen en erover te beschikken. Het meest algemene en voor de hand liggende onderscheid is dat tussen roerende en onroerende goederen. De onroerende goederen²⁹ van elk land zijn doorgaans bezit van de inwoners. Tot op de dag van vandaag hebben de meeste staten wetten gehad die vreemdelingen afkerig moesten maken van het verwerven van hun gronden. Het is zelfs zo dat grondbezit enkel produktief gemaakt wordt door de aanwezigheid van de meester van het goed. Dat soort rijkdom behoort dus toe aan elke Staat afzonderlijk. Maar roerende bezittingen, zoals geld, waardepapieren, wissels, aandelen in banken en handelsmaatschappijen, schepen, koopwaren zonder uitzondering, behoren de ganse wereld toe; deze vormt in dit opzicht één enkele staat waarvan alle samenlevingen lid zijn. Het volk dat over het grootste aantal dezer roerende bezittingen beschikt is tevens het rijkste. Elke afzonderlijke Staat verwerft ze door de uitvoer van zijn producten, door de arbeid van zijn bedrijven, door de nijverheid en ontdekkingen van zijn handelslui, en tenslotte door het toeval zelf.

Het onderscheid tussen onroerende goederen en roerende rijkdom geeft ons enig inzicht in wat strikt civiele en wat commerciële zaken zijn. Roerende rijkdom valt het handelsverkeer ten deel, terwijl onroerende goederen vooral onder de civiele wet ressorteren. Sommige roerende bezittingen worden niettemin geacht van onroerende aard te zijn, omdat men ze kan beschouwen als toebehoorend aan of als verlengstukken van gronden en andere burgerlijke zaken. Onder het ancien régime bracht het onderscheid tussen geprivilegieerden en niet-geprivilegieerden, tussen adellijke en niet-adellijke personen met betrekking tot goederen een hele reeks onderscheidingen mee die nu voorgoed verdwenen zijn. Men kan zeggen dat zaken op eenzelfde wijze geclassificeerd werden als de personen zelf. Er waren feodale en niet-feodale, lijdende en lastvrije goederen. Dat behoort nu tot het verleden: we hebben enkel die stedelijke en [509] landelijke erfdienstbaarheden behouden die ten gevolge van de toenadering tussen mensen onmisbaar zijn en die

29. Vanaf hier is de rest van deze alinea ontleend aan MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XX, 23. Een subtiele, maar zeer kenmerkende wijziging van MONTESQUIEU's tekst vindt plaats in de laatste zin: MONTESQUIEU spreekt niet van 'elke staat' maar van 'sommige staten'.

voortvloeien uit de plichtplegingen en beleefdheden zonder welke een samenleving niet kan bestaan.

Met betrekking tot de verschillende aard der goederen hebben we ook onderscheid gemaakt tussen eenvoudig gebruiksrecht en vruchtgebruik en tussen dit laatste en eigendom. We hebben de verschillende soorten inkomsten en rechten opgesomd die deel kunnen uitmaken van het patrimonium van een privé-persoon. De regels die we op die diverse objecten van toepassing verklaard hebben, en die we hier niet in detail hoeven voor te leggen, zijn overeenkomstig gebruiken die men in alle tijdperken aantreft. Slechts die welke niet langer aangepast zijn aan de huidige stand van zaken of waarvan de ervaring geleerd heeft dat ze nadelig zijn hebben we gewijzigd.

Overeenkomsten en nalatenschappen zijn de belangrijkste wijzen om datgene wat men nog niet heeft te verkrijgen en om te beschikken over wat men heeft. Met betrekking tot de overeenkomsten hebben we vooreerst de natuurrechtelijke beginselen ontwikkeld die op alle toepasselijk zijn. Vervolgens hebben we de vorm besproken waarin ze moeten worden opgesteld. In alle beschaafde naties is het geschrift het natuurlijk bewijs van een overeenkomst. We hebben niettemin, ons hierbij voegend naar alle voorgaande wetten, het getuigenbewijs toegelaten in die gevallen waarin een begin van schriftelijk bewijs voorhanden is. Dat begin van schriftelijk bewijs is zelfs niet nodig in handelszaken, die zich vaak op de beurs, in het openbaar leven of naar aanleiding van een onvoorzien gesprek voltrekken. In het algemeen moeten mensen in staat kunnen zijn om vrij te onderhandelen over al wat hun aanbelangt. Hun behoeften brengen hen bijeen; die behoeften nemen toe en evenredig hiermee hun contracten. Geen enkele wetgeving ter wereld is ooit in staat geweest te bepalen voor hoeveel soorten afspraken de menselijke bedrijvigheid vatbaar is, noch de diversiteit ervan vast te leggen. Vandaar [510] die veelheid van contracten die in de Romeinse wetgeving bekend zijn onder de titel onbenoemde overeenkomsten.

De contractsvrijheid mag slechts begrensd worden door de gerechtigheid, de goede zeden en het openbaar nut. Maar tracht men die grenzen af te bakenen dan rijzen juist van alle kanten problemen. In sommige gevallen spreekt rechtvaardigheid duidelijke taal. Een vennoot van een maatschap bijvoorbeeld wil delen in alle winsten maar niet in de risico's: dat is een ergerlijke aanspraak; men

hoeft de grove onbillijkheid ervan niet buiten de overeenkomst te zoeken, ze zit opgesloten in de letter zelf ervan. Maar in andere gevallen is de rechtvaardigheidsvraag ingewikkelder, omdat ze verweven raakt met andere vragen die buiten het domein van de rechtsgeleerdheid liggen. Zo moeten we te rade gaan bij onze kennis omtrent landbouw om te besluiten tot de rechtvaardigheid of onrechtvaardigheid, het nut of gevaar van bepaalde clauses of afspraken die gestipuleerd worden in een pachtcontract. Het is onze ervaring in handelszaken die een punt heeft gezet achter onze eindeloze discussies over de lening tegen rente, over het monopolie, over de legitimiteit van in scheepvaartcontracten opgenomen voorwaarden en over meer van dergelijke zaken. Het besef is groeiende dat in dat soort zaken de rechtsvraag of de morele vraag ondergeschikt is aan vragen van boekhouding en beheer.

Het geld is het teken van alle waarden;³⁰ het verschaft al wat winst of vrucht afwerpt: waarom dus zou diegene die behoefte heeft aan dat teken niet betalen voor het gebruik ervan, zoals hij betaalt voor het gebruik van alle andere voorwerpen waaraan hij behoefte heeft? Net als met alle andere zaken het geval is kan geld geschonken, uitgeleend, verhuurd, verkocht worden. De rente met afstand van het kapitaal is een eigendomsoverdracht; de lening tegen rente is een huurovereenkomst; de overdracht van het gratis gebruik van een som geld is een eenvoudige lening; de vrijgevigheid zonder belanghebbend beding en verwachte teruggave is een schenking. Schenkingen en leningen zijn edelmoedige handelingen; maar huur en vervreemding zijn geen onrechtvaardige handelingen. [511] Wil de maatschappelijke bedrijvigheid haar beloop kunnen krijgen, dan moet geld een prijs hebben; anders zijn er geen uitleners of, beter gezegd, ze zijn er wel, maar ze nemen dan wraak op de dwaasheid der wetten door een toevlucht te nemen tot geveinsde stipulaties en door een hoge tol te eisen voor het gevaar dat ze lopen bij hun wetsovertreding. Nimmer hebben woekerrentes vreselijker vormen aangenomen dan toen de interest verboden was. Eerlijke en noodwendige zaken verbieden heeft als enig resultaat dat diegenen die ze bedrijven gediscrediteerd worden en dat men er oneerlijke mensen van maakt. Al moet geld een prijs hebben, deze mag niet te hoog zijn. Een gematigde interest moedigt

30. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXII, 19 (vgl. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXII, 2); ook voor de rest van deze alinea.

alle nuttige ondernemingen aan. Grondbezitters die zich op nieuwe teelten willen toelagen hebben dan een gegronde reden om te hopen dat ze tegen een redelijke prijs aan de nodige middelen zullen kunnen komen. Een gematigde interest stelt ook handelslieden en industriëlen in staat om met goed resultaat te concurreren met de buitenlandse nijverheid.

De verhoudingen die de prijs van het geld bepalen zijn onafhankelijk van de overheid. Dat regeringen deze ooit zouden kunnen vastleggen door middel van dwingende voorschriften is niet meer dan een ijdele hoop. Niettemin heeft men steeds een wettelijke interest vastgelegd voor hypothecaire overeenkomsten en voor alle openbare akten. We hebben gemeend in civiele zaken van gebruikelijke aard, waarvan de verhoudingen tot op zekere hoogte voor vaste raming vatbaar zijn, de interestkoers niet te mogen overlaten aan dwaze gierigheid, aan kwalijke praktijken van particulieren en aan de willekeur van geldschieters. Maar afgezien van de wettelijke rente die de civiele orde beheerst bestaat er in het handelsverkeer een lopende rente die zich aan regeling door een constante en precieze wetgeving onttrekt. Met het vastleggen van de wettelijke interest hebben we ons niet ingelaten. Dat behoort tot de bevoegdheid van de overheid; en het is beter dat de maatregelen die de regering op dat vlak kan treffen niet op overhaaste wijze worden genomen.

De wettelijke interest kan slechts worden nageleefd in de mate dat hij harmonieert met de geldkoers in het handelsverkeer. In de huidige omstandigheden verstoren talloze welbekende oorzaken [512] die harmonie.³¹ Door de heropbloei van de handel te verzekeren, door de staatsuitgaven te drukken en door een einde te maken aan gedwongen overheidsingrepen, zal de vrede het evenwicht herstellen en het zakenleven weer in banen van rechtschapenheid leiden.

Nochtans kunnen de civiele wetten die gunstige ommekeer bevorderen door geldschieters een zodanige zekerheid te waarborgen dat ze zich tevreden kunnen stellen met een gematigde beloning.

31. Kennelijk een allusie op de chaotische toestand van de Franse economie in de loop van de revolutionaire periode, veroorzaakt o.m. door de oorlogscontext, de wisselvalligheden van het overheidsdirigisme en het bedenkelijke assignatenbeleid. Voor een gedetailleerde analyse van die ingewikkelde constellatie, zie: AFTALION, F., *L'économie de la Révolution française*, Parijs, Hachette, 1987.

Vertrouwenwekkende instellingen, behoorlijke regelingen van de al dan niet hoofdelijke verbintenissen van borgen, verstandige wetten die de stabiliteit van hypotheeken verzekeren en die de rechtsvordering van schuldeisers ten aanzien van hun schuldenaars vereenvoudigen, bespoedigen en minder duur maken, zijn dan ook geschikt om de geldcirculatie, die zulk een belangrijke invloed heeft op de rentevoet en de nationale welvaart, in stand te houden.

Zoveel is zeker dat de rentevoet de polsslag van de Staat is: hij geeft alle ziekten van het politieke lichaam aan. Een gematigde rentevoet is dan ook het minst dubbelzinnige teken van ware rijkdom en openbaar welzijn. Het geld regelt de prijs van alle andere, zowel roerende als onroerende, zaken. Deze berust op de vergelijking van de relatieve overvloed of schaarste van het geld met die van de dingen of waren die men koopt. Regelingen kunnen die prijs niet vastleggen. Het grondbeginsel in die kwesties gebiedt dat men zich verlaat op concurrentie en vrijheid.

Voordat het geld in zwang was werden alle zaken in de samenleving geregeld door eenvoudige lening of ruil. Sinds er geld in omloop is gaat men te werk door middel van koop en verkoop en van een veelheid van handelingen die datgene uitmaken wat wij het maatschappelijk handelsverkeer noemen. De voornaamste regels die deze handelingen beheersen hebben wij bepaald. Het gewone civiele vermogensverkeer is volledig te herleiden tot verbintenissen tussen individuen die [513] via wederzijdse behoeften en bepaalde wetten van fatsoen op elkaar betrokken zijn. Het is niet te verwarren met handel in de strikte zin van het woord; deze dient naties en volkeren bijeen te brengen en in de behoeften van de universele mensenmaatschappij te voorzien. Dit soort handel is in zijn werking bijna steeds verbonden met de hoofddoelstellingen van 's lands bestuur en politiek en moet dan ook worden geregeerd door bijzondere wetten die geen plaats hebben in het ontwerp van een Burgerlijk Wetboek.

De geest dezer wetten verschilt wezenlijk van die der civiele wetten. Zeker, zowel in civiele als in handelszaken zijn goede trouw, wederkerigheid en contractuele gelijkheid vereist. Maar wil men deze waarborgen, dan zou het verkeerd zijn om in beide soorten zaken eenzelfde redenering aan te houden. Dat men in handelszaken bijvoorbeeld rechtsvorderingen tot teruggave uitsluit getuigt van een zeer verstandige houding, want in zulke zaken gaat het over roerende goederen die vlug van hand tot hand gaan, die geen sporen

nalaten en waarvan de identiteit nagenoeg nooit geverifieerd of herkend kan worden. Maar het zou onrechtvaardig en onzinnig zijn wanneer men die rechtsvordering zou verwerven in civiele zaken die practisch zonder uitzondering betrekking hebben op onroerende goederen met een vaste ligging, die in welke handen ze ook overgaan makkelijk te volgen zijn, en die door hun bestendigheid elke vorm van hoor en wederhoor die het belang van een goede rechtsbedeling kan eisen, mogelijk maken en zelfs bevorderen.

In het handelsverkeer heeft men nooit ofte nimmer de vordering tot vernietiging op grond van benadeling aanvaard in het geval dat die benadeling de helft van de rechtvaardige prijs overtreft: de mobiliteit van commerciële zaken, de risico's, de onzekerheden, de overmacht en het toeval die met handelsactiviteiten gepaard gaan, laten zulks niet toe. Het is zelfs niet meer dan redelijk dat men ten tijde van het papiergeld en van de [514] min of meer snelle ontwaarding ervan de vordering tot vernietiging heeft afgeschaft, zelfs in civiele kwesties, want in die periode heersten er in die kwesties eenzelfde mobiliteit en dezelfde onzekerheden als in handelszaken. Op het huidig oogenblik echter hebben we gemeend die vordering opnieuw te moeten instellen, omdat de gerechtigheid nu zonder bezwaar haar rechten opnieuw kan laten gelden en private overeenkomsten niet langer, zoals toen het geval was, bedreigd worden door de wanordelijke toestand van de overheidsactiviteiten.

In het handelsverkeer, waar de aanzienlijkste vermogens vaak aan het oog onttrokken blijven, volgt men eerder de persoon dan de goederen. Vandaar dat pand en hypotheek er nagenoeg onbekend zijn. In civiele kwesties echter, waar men eerder de goederen dan de persoon volgt, bestaat behoefte aan hypotheekwetten, dit wil zeggen aan wetten die omtrent goederen de hoogste zekerheid kunnen verschaffen. Overdreven voorzorgen zijn weliswaar evenmin aangewezen. Wat dat betreft gaan onze laatste wetten te ver. Net als het morele welzijn bevindt het politieke welzijn zich altijd tussen twee uitersten.

Wie teveel regeert, regeert slecht. Wanneer iemand met een ander onderhandelt moet hij oplettend en verstandig te werk gaan; hij moet waken over het eigen belang, de nodige inlichtingen inwinnen, oog hebben voor wat hem tot nut kan strekken. Het is de taak van de wet ons te beschermen tegen andermans bedrog, maar ze mag ons niet vrijstellen van het gebruik van ons eigen verstand. Anders zou een mensenleven, onder het toezicht geplaatst van de

wetten, herleid worden tot een eindeloze en beschamende minderjarigheid; en dat toezicht zou zelf ontaarden tot inquisitie.

Een ander beginsel is dat de wetten, gemaakt om de slechtheid der mensen te voorkomen of te onderdrukken, een zekere openheid en onbevangenheid ten toon moeten spreiden. De gedachte dat men moet tekeergaan tegen al het kwaad en tegen al de misbruiken waartoe sommigen in staat zijn, leidt tot uitzichtloze resultaten. Dan worden er eindeloos vormvereisten gesteld en krijgen [515] de burgers slechts een bescherming die hen ten gronde richt. Het geneesmiddel zal erger worden dan de kwaal. Sommige mensen zijn zo boosaardig dat men, wil men de massa met verstand regeren, ervan moet uitgaan dat de slechtste onder de mensen beter zijn dan ze in werkelijkheid zijn.³²

Bij de redactie van de laatste wetten op de hypotheken lijkt men die beginselen volkomen vergeten te zijn. Zeker, het mag niet zo zijn dat mensen elkaar kunnen bedriegen wanneer ze met elkaar onderhandelen; maar men moet toch enige ruimte laten voor vertrouwen en goede trouw. Onrustbarende en onbescheiden vormvereisten ondermijnen het handelsvertrouwen, zonder dat ze het bedrog uitschakelen; ze drukken op de burgers zonder dat ze hen beschermen. Wij zijn inderdaad tot de overtuiging gekomen dat onze laatste wetten in die materie slechts verlamming van de gehele maatschappelijke bedrijvigheid in de hand konden werken, dat ze slechts, ten gevolge van onbetaalbare procedures, een overdreven belasting van de belanghebbende partijen konden meebrengen, en dat ze er enkel toe strekten om de hypotheek in gevaar te brengen onder het mom haar in stand te houden. We hebben gemeend dat we moesten terugkeren naar een minder achterdochtig en gematigder regime.

We mogen ons geen valse voorstellingen maken over de ware oorsprong van de wetten betreffende de instandhouding van de hypotheek: die oorsprong is louter fiscaal, zoals die van de wetten die de diverse burgerlijke akten controleren en registreren. We weten dat openbare financiën en wetgeving een verstandig verbond kunnen sluiten, en dat een voordelige combinatie mogelijk is van het belang van de fiscus met dat van het overheidsbeleid. Maar laat ons erop letten en steeds op onze hoede zijn dat het belang van wetgeving of overheidsbeleid in zulke combinaties niet wordt op-

32. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, VI, 17.

geofferd aan dat van de fiscus. De registratie bijvoorbeeld is een van die fiscale instellingen die zowel het welzijn van de openbare financiën als dat van de burgers bevorderen: ze staat er borg voor dat de ware aard van de tussen particulieren aangegane contracten en akten gekend is; maar ze is niet langer voordelig, ze wordt zelfs verderfelijk wanneer ze buitensporige allures aanneemt. Een teveel aan rechten leidt ertoe dat de mensen, die zich altijd drukker maken om een onmiddellijk voordeel [516] dan om een toekomstig gevaar, uit gierigheid vertrouwen putten en hun eigen zekerheid ondermijnen aan de hand van louter verbale of verborgen bepalingen die die zekerheid niet kunnen waarborgen. Een even groot kwaad is het wanneer registratierechten, afgezien van hun gematigd of overdreven karakter, op al te contentieuze wijze geïnd worden; dit wil zeggen wanneer de inning van die rechten verweven raakt met de neteligste problemen der rechtspraak en de rentmeester of belastingpachter in staat is om, dank zij deze geheimzinnige onduidelijkheid, de gevaarlijkste aller machten uit te oefenen.³³ Wat we over de registratie zeggen is evengoed van toepassing op de hypothecaire wetgeving. In al deze instellingen moeten we subtiliteiten vermijden en ons ervoor hoeden al te belastende voorzorgen te vermenigvuldigen. Laat ons verzoening betrachten tussen het belang van de fiscus en dat van de wetgever. De ervaring leert dat in de betreffende kwesties een teveel aan rechten de inning ervan bemoeilijkt en dat de fiscus enkel zichzelf schade berokkent wanneer ze de burger schaadt.

De heilzame hervormingen die sinds de revolutie werden aangebracht in de verkoop van onroerende goederen hebben we behouden. Deze wordt niet langer belemmerd door die reeks rechten en statutaire terugkopen die het afschuwelijk nadeel vertoonden dat ze het verkochte goed gedurende een of meerdere jaren zonder zekere eigenaar lieten: dat alles was erg schadelijk voor de landbouw. Maar we zijn van mening dat men te ver gegaan is door onder het mom de minste sporen van de feodaliteit uit te wissen erfpacht en grondrente af te schaffen. Dat zijn immers nooit feodale

33. De verwijzing naar 'de rentmeester of belastingpachter' heeft te maken met het ontbreken van een staatsadministratie voor de belastinginning onder het Ancien Régime. Onder die omstandigheden placht de overheid de bevoegdheid tot belastinginning in concessie te geven aan een privé-persoon, die dan ook de toepassings- en interpretatieproblemen van de wetgeving moest oplossen.

contracten geweest: ze werkten ontginningen in de hand, zetten grootgrondbezitters ertoe aan de gronden die ze niet met zorg konden bebouwen te verkopen, en ze verschaften arbeidzame landbouwers, wier arbeidskracht hun enige rijkdom was, een gemakkelijk middel om eigenaar te worden. We zijn ons niettemin bewust van de grote nadelen die gepaard zouden gaan met de zeer specifieke en uiterst gecompliceerde wetgeving die dat soort contracten steeds vereist heeft [517]: we hebben het dus aan het inzicht van de regering overgelaten om uit te maken of herinvoering ervan gewenst is.

De huwelijkscontracten bekleden een bijzondere plaats in het ontwerp van Burgerlijk Wetboek. We hebben de grootst mogelijke speelruimte gelaten voor deze contracten die families verenigen, nieuwe tot stand brengen en zozeer bijdragen tot de verbreiding van mensen. Het dotale stelsel was eigen aan de streken met geschreven recht. De gemeenschap was gebruikelijk in die met gewoonterecht.³⁴ De echtgenoten zullen voortaan vrij zijn om wat dat betreft voor zichzelf door onderlinge overeenkomst die regeling te treffen die hun het meest geschikt lijkt. Bij afwezigheid van een desbetreffende afspraak zullen ze onder de gemeenschap der goederen vallen. We hebben de voordelen geregeld die ze elkaar kunnen verlenen; we hebben de geest der echtelijke samenleving gevolgd, die de zoetste en noodzakelijkste aller samenlevingen is. Wat de andere contracten betreft hebben we ons ertoe beperkt opnieuw de gebruikelijke regels uit te tekenen. In die materie zullen we nimmer uitstijgen boven de beginselen die ons van de vroegste tijden zijn overgeleverd en die ontstaan zijn samen met de menselijke soort.

Het deel van het Burgerlijk Wetboek dat bestemd is om de orde der nalatenschappen vast te leggen leek ons niet het minst belangrijke. Is het recht van erfopvolging gegrond in de natuurwet of eenvoudigweg in de positieve wetten? De in te stellen regeling is afhankelijk van de oplossing van dat kernprobleem. De mens komt ter wereld met behoeften; hij moet zich kunnen voeden en kleden:

34. Het dotale stelsel, overgenomen uit het Romeinse recht, bestond erin dat de vrouw bij het aangaan van het huwelijk een (veelal roerende) bruidsschat meekreeg, die beheerd werd door haar echtgenoot, zonder dat hij er evenwel over kon beschikken. De dotale goederen waren slechts beperkt vervreemdbaar en keerden, na de ontbinding van het huwelijk, in beginsel terug naar de (erfgenamen van de) vrouw. (Art. 1540 – 1573 c.c.)

hij heeft dus recht op de dingen die onontbeerlijk zijn voor zijn bestaan en onderhoud. Ziedaar de oorsprong van het eigendomsrecht. Niemand zou geplant, gezaaid of gebouwd hebben indien de landgoederen [518] niet van elkaar gescheiden waren en indien niet ieder individu in de zekerheid had geleefd dat hij zijn goed op vreedzame wijze kon bezitten. Op zich is het eigendomsrecht dus een instelling die rechtstreeks voortvloeit uit de natuur, en de wijze waarop het wordt uitgeoefend is een aangehörigheid, een gevolg en een verdere ontwikkeling van dat recht zelf.

Maar het eigendomsrecht houdt op met het bestaan van de eigenaar. Bijgevolg, wat gewordt er na zijn dood van de goederen die vrij komen ten gevolge van het overlijden? Gezond verstand, rede en openbaar welzijn eisen dat ze niet in verlatenheid vallen. Er zijn krachtige motieven van welvoeglijkheid en billijkheid die ervoor pleiten dat ze de familie van de eigenaar ten deel zouden vallen; maar strikt genomen kan geen enkel lid van die familie een onbetwistbare eigendomstitel inroepen om ze op te eisen. Hoe moet de verdeling tot stand komen onder de kinderen en, bij gebreke van deze, onder de verwanten? Mag men het ene geslacht meer begunstigen dan het andere? Mag men enige voorkeur aan de dag leggen voor de eerstgeborene? Moet men natuurlijke en wettige kinderen op gelijke voet behandelen? Moet men, als er geen kinderen zijn, zonder onderscheid alle bloedverwanten in de zijlijn, van welke graad ook, tot de nalatenschap toelaten? Moet men de bevoegdheid om een testament te maken aanvaarden, moet men ze verbieden, of moet men het bij een beperking ervan laten?

Bij al die vragen is tussenkomst van de Staat vereist. Immers, het opvolgingsrecht moet nu eenmaal aan iemand worden verleend en gewaarborgd, en de verdelingswijze moet worden vastgelegd. Op het eerste gezicht kan men slechts aan de Staat een recht in de eigenlijke zin toekennen op de goederen die vrij komen door de dood van de eigenaar. Maar laat daarover geen misvatting bestaan: dat recht is en kan geen erfrecht zijn; het is niet meer dan een recht van beheer en bestuur. Nooit ofte nimmer heeft het opvolgingsrecht in de orde der private vermogens deel uitgemaakt van de prerogatieven van de openbare macht. In Tacitus' biografie van Agricola staat het te lezen: die Romeinse keizers die men [519] willens nillens als erfgenaam van een deel van het na te laten goed moest aanwijzen om ze ervan te weerhouden usurpator te worden van de rest, werden steeds voor tiran uitgemaakt. De Staat is dus

geen erfgenaam, hij is alleen ingesteld om de orde der erfopvolgingen te regelen. Het is noodzakelijk dat een dergelijke orde bestaat, evenzeer als het noodzakelijk is dat er wetten zijn. Het erfrecht in het algemeen is dus een sociale instelling. Maar al wat de verdelingswijze der nalatenschap betreft, bestaat slechts bij de gratie van het staatsrecht of van het civiele recht.³⁵

Het staatsrecht, dat niet stil blijft staan bij particuliere overeenstemmingen wanneer het een algemener oogpunt ontwaart, laat zich eerder leiden door de staatsraison dan door een billijkheidsbeginsel. Het civiele recht daarentegen heeft tot taak de rechten en overeenkomsten tussen particulieren te regelen en neigt dus eerder naar de billijkheid dan naar de staatsraison.

De eerste regelingen der Romeinen op de nalatenschap³⁶ waren geïnspireerd door het staatsrecht: vandaar dat ze beschikkingen bevatten die ons vreemd lijken. Er was een gelijke verdeling der gronden doorgevoerd; men wou die gelijkheid zoveel mogelijk bestendigen. Vandaar dat dochters die voorbestemd waren om door het huwelijk deel te gaan uitmaken van vreemde families niets konden erven in hun eigen familie. Een enige dochter erfde zelfs niet. Die regelingen zijn, vanuit het oogpunt der civiele rede, onrechtvaardig en weerzinwekkend. Zo ook heeft het staatsrecht het oude Franse gewoonterecht geïnspireerd, geheel in navolging van de geest der monarchie die overal onderscheidingen, voorrechten en voorkeuren gevestigd wil zien.³⁷ De laatste wetten van Rome, die opgenomen werden in de Compilatie van Justinianus, zijn volledig in een optiek van wegvoeglijkheid en van natuurlijke billijkheid opgesteld. De nalatenschap, van de vader zowel als van de moeder gaat in gelijke delen over op alle kinderen, zonder onderscheid des geslachts; en, bij afwezigheid van kinderen, op de naaste bloedverwanten. [520]

Een natie getuigt van wijsheid – tenzij ze in haar bijzondere situatie krachtige motieven bespeurt om de politieke rede te volgen – wanneer ze zich laat leiden door de civiele rede, die niemand aanstoot geeft, rivaliteit en haat binnen de families voorkomt, een

35. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXVI, 6.

36. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXVII (enig hoofdstuk).

37. MONTESQUIEU is op dit punt heel wat minder stellig. Zie MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, XXVIII, met name 45.

geest van broederlijkheid en gerechtigheid bevordert en de algemene harmonie in de samenleving versterkt.

De laatste tijd is men heftig uitgevaren tegen het recht om een testament te maken; en in het systeem van onze nieuwe Franse wetten werd het zodanig ingeperkt dat het practisch niet meer bestond.³⁸ Toegegeven, geen enkel mens beschikt, bij de gratie van een natuurlijk en aangeboren recht, over de macht om te bevelen na zijn dood en om zichzelf als het ware te overleven door een testament. Wij erkennen ook dat het aan de wetten is de orde en de wijze van erfopvolging te regelen, en dat het bespottelijk en gevaarlijk zou zijn wanneer men elke privé-persoon de onbeperkte mogelijkheid zou verlenen om op willekeurige wijze het werk der wetten omver te gooien. Maar moeten de wetten, die slechts door middel van algemene, bestendige en absolute principes kunnen regeren, met het oog op de wisselende omstandigheden van het bestaan niet een en ander overlaten aan het beslissend oordeel van de burger? Is de macht waarover de erflater bij wet beschikt niet de macht van de wet zelf?

Is het passend iemand in zijn stervensuur de geneugte van het weldoen te ontzeggen? Zal een bejaarde en zieke zijverwant niet wegwijnen, zonder hulp en zonder toevlucht wanneer diegenen die hem zouden kunnen omringen van alle hoop verstoken blijven? Wat zal er van de verwantschapsband in verwijderde graad worden zo hij niet versterkt wordt door andere banden? Moet men het belang, dat mensen zo vaak verdeelt, niet benutten waar men dat kan om ze bijeen te brengen en ze te verenigen? Moeten de huiselijke deugden, [521] het vaderlijk gezag, het bestuur van de familie geen positieve bekrachtiging krijgen? Als men bevreesd is voor onrechtvaardige vaders, waarom dan niet ook beducht zijn voor de

38. Door het decreet van 7 maart 1793 werd de mogelijkheid afgeschaft om descendenten ongelijke delen in de nalatenschap te geven. De decreten van 5 brumaire jaar II (art. 11) en 17 nivôse jaar II (art. 16) beperkten het beschikbare deel tot een tiende van de nalatenschap voor wie afstammelingen had en tot een zesde voor wie alleen andere erfgerechtigde verwanten achterliet. In de code civil werd de erfrechtelijke reserve behouden voor descendenten en ascendenten, maar de reserve werd in de opgaande lijn beperkt tot een vierde van de nalatenschap voor zowel de vaderlijke als de moederlijke lijn en het beschikbare deel werd uitgebreid tot de helft van de nalatenschap in geval er slechts een wettig kind was, een derde in geval er twee en een vierde in geval er drie of meer wettige kinderen waren (art. 913 en 915 c.c.).

mogelijkheid van ontaarde zonen? Zou gelijke verdeling der goederen onder de kinderen, al naargelang de positie waarin een familie verkeert, geen bron kunnen worden van de afschuwelijkste ongelijkheden? Welk kind uit de werkende stand zal erin berusten zijn arbeid bij die van zijn ouders te voegen als het op geen enkele beloning voor zijn inspanning kan rekenen, en als het met verlies van de vruchten van zijn eigen nijverheid bedreigd wordt? En wat zal er met ambachtslui en landbouwers gebeuren als ze op hun oude dag verlaten worden door al diegenen aan wie ze het levenslicht geschonken hebben? Overigens, is het niet zo dat de verdeling van sommige vermogens geleid moet worden door de wijze beschikkingen van het gezinshoofd?

Zeker, men heeft er goed aan gedaan om ten bate van het vrije handelsverkeer en van het welzijn van de landbouw die onzinnige erfstellingen over de hand³⁹ te verbieden die de belangen van de gemeenschap der levenden onderwerpen aan de grillen der doden en waarbij de huidige generatie, door de wil van de voorbije, voortdurend wordt opgeofferd aan de komende. Het getuigt van bedachtzaamheid wanneer men het recht om een testament te maken aan bepaalde regels onderwerpt en het binnen zekere perken houdt. Maar het moet gevrijwaard worden en een zekere speelruimte behouden;⁴⁰ wanneer de wet de mensen geen enkele vrijheid laat in zaken die, zoals deze, zo nauw betrokken zijn bij alle menselijke affecties, dan spannen de mensen van hun kant zich enkel in om de wet te ontduiken. Wordt de testeervrijheid verboden of al te zeer beperkt, dan zullen vermomde schenkingen en schijnhandelingen de plaats innemen van de testamenten; en dan zullen in de schoot der families, zelfs in die van de meest rechtschapen, de vreselijkste fraudes plaatsvinden.

Al te veel aandacht besteden aan verre zijverwanten zou in geval van erfopvolging zonder testament in strijd zijn met het gezond verstand. Men zou dan het belang van onbekenden behartigen, ten nadele van dat der naaste bloedverwanten; de vrijgevigheidsrelaties

39. De erfstelling over de hand was een constructie waardoor aan iemand een nalatenschap ter hand werd gesteld met de opdracht het ter hand gestelde vermogen te bewaren en op zijn beurt aan de volgende generatie door te geven, die op haar beurt, in de oorspronkelijke akte, aan dezelfde verplichtingen onderworpen kon worden, enz. ad infinitum. Deze constructie had vanzelfsprekend tot gevolg vermogens te immobiliseren.

40. Zie noot 37.

uitbreiden tot ver over de grens der [522] vermoedelijke banden van affectie; eindeloze geschillen in het leven roepen over de hoedanigheid van personen en bespottelijke versnipperingen in de verdeling der goederen. Het zou erop neerkomen dat men alle ideeën van gerechtigheid, van welvoeglijkheid en van redelijkheid met voeten treedt.

Het aanzien van het huwelijk, het behoud der goede zeden, het belang van de maatschappij gebieden dat natuurlijke kinderen niet op dezelfde wijze worden behandeld als wettige. Trouwens, het is strijdig met de aard der dingen dat het recht van erfopvolging, dat alle geciviliseerde naties als een familierecht en niet als een burgerrecht beschouwen, zou kunnen toekomen aan wezens die ongetwijfeld lid zijn van de staat maar die de wet, die het huwelijk rechtsgrond verleent, onmogelijk kan erkennen als leden van welke familie dan ook. Het volstaat dat men hun in billijke mate de bijstand waarborgt die de stem der menselijkheid te hunnen bate gebiedt. Vergeefs roept men ten gunste van deze mensen de rechten der natuur in; erfgerechtigdheid is geen natuurrecht: ze is slechts een sociaal recht dat volledig wordt geregeld door de politieke of civiele wet, en dat niet mag indruisen tegen andere sociale instellingen.⁴¹

Dit zijn de voornaamste grondslagen die ons geleid hebben bij de redactie van het ontwerp van Burgerlijk Wetboek. Het was onze doelstelling om eenheid te bewerken tussen zeden en wetten en om de familiegeest te verbreiden die, wat men er ook moge over beweren, zo bevorderlijk is voor de geest van de Staat. Gevoelens verzwakken naarmate ze algemener worden: men heeft behoefte aan een natuurlijk houvast wil men in staat zijn om op basis van afspraken banden te scheppen. Alleen de private deugden kunnen borg staan voor de openbare; en *juist langs het kleine vaderland van het gezin hecht men zich aan het grote*;⁴² juist de goede vaders, de goede echtgenoten, de goede zonen vormen de goede burgers. Welnu, het is in wezen de taak van de civiele instellingen om alle rechtgeaarde, natuurlijke affecties te bekrachtigen en ze te beschermen. Zal het plan dat wij van deze instellingen hebben geschetst ook het

41. Voor de aanspraken van natuurlijke kinderen jegens hun genitores in de code civil, zie H. WILLEKENS, 'De bijzondere plaats van het familierecht ...', hoofdstuk 2.

42. MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, IV, 1.

doel bereiken dat wij ons hebben gesteld? Omwille van de ijver die ze ondersteund en aangemoedigd heeft [523] verzoeken wij om enig begrip voor onze ontoereikende inspanningen. Ongetwijfeld zullen wij ten aanzien van de achtenswaardige verwachtingen die men had gesteld aan het resultaat van onze opdracht tekortschieten. Maar wij vinden troost bij de gedachte dat onze dwalingen niet onherstelbaar zijn: een plechtige en onbevooroordeelde bespreking zal ze corrigeren; en de Franse natie, die zich in staat getoond heeft de vrijheid te veroveren met de wapens, zal haar weten te behouden en te versterken door middel van de wetten.

Getekend:

PORTALIS
TRONCHET
BIGOT-PRÉAMENEU
MALEVILLE

H. Willekens

De bijzondere plaats van het familierecht in het *Discours*: interpretatie van een kronkelig betoog.

Het familierecht neemt in het *Discours* – en in de voorbereidende werken van de Code Napoléon in het algemeen – een bijzondere plaats in. Hoewel de regeling van huwelijk, afstamming en ouderlijk gezag – zonder het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht – slechts 332 artikelen beslaat van de 2280 waaruit de code civil bestaat, worden er 22 van de 61 pagina's van het *Discours* aan gewijd (waarbij men dient te bedenken dat in de eerste 20 bladzijden een algemene inleiding wordt gegeven, zodat voor een commentaar van de overige artikelen slechts 19 pagina's overblijven). Deze ruime aandacht voor het familierecht is des te opmerkelijker omdat de grote rechtsbeginselen der volstrekte eigendom¹ en contractuele vrijheid (maar ook strikte gebondenheid aan het con-

1. 'Volstrekt', niet in de zin van 'onbeperkt' (de code civil onderwerpt de eigendom van onroerende goederen b.v. aan talrijke erfdienstbaarheden), maar in de zin van de principiële vereniging van alle bevoegdheden tot aanwending van een goed in dezelfde hand: een beginsel tegengesteld aan de archetypische feodale scheiding en verbondenheid van 'dominium directum' en 'dominium indirectum'. Het 'dominium directum' verwijst naar wat wij heden ten dage 'de naakte eigendom' zouden noemen, het 'dominium indirectum' of 'utile' naar een stel van gebruiksrechten op de grond. In fundamentele tegenstelling tot de moderne relatie tussen de 'naakte eigendom' en de andere rechten t.a.v. de aanwending van een goed was de eventuele wedervereniging van 'dominium directum' en 'utile' echter de uitzondering, niet de regel: van zodra het recht op het 'dominium indirectum' erfelijk was geworden – en dat was in de Franse gebieden veelal reeds het geval in de negende eeuw, altijd vanaf de elfde eeuw (OURLIAC, P. en de MALAFOSSE, J., *Histoire du droit privé*, II, *Les biens*, Parijs, P.U.F., 1961, 141) – konden 'dominium directum' en 'indirectum' voor eeuwig gescheiden blijven. In het feodale schema kwam het 'dominium directum' toe aan de leenheer, die het 'dominium utile' overdroeg aan de leenman. In de lange overgangperiode van een feodale naar een kapitalistische economie (zie ANDERSON, P., *Lineages of the Absolutist State*, Londen, Verso, 1979, 573 p.) werd de berekening van het 'dominium directum' uitgehold: waar het aanvankelijk een aanspraak op de loyaliteit en hulp van de vazal inhield, alsmede de principiële mogelijkheid voor de suzerein om het leen onder bepaalde omstandigheden terug te eisen en zich te verzetten tegen de overdracht ervan onder levenden, was het 'dominium directum' uiteindelijk alleen nog maar een recht op de betaling van een rente (OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, II, 135–149; VAN DEN BERGH, G., *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer, Kluwer, 1988, 18 en 70).

tract), die de code civil de faam hebben bezorgd de meest zuivere juridische expressie van het economisch liberalisme te bieden, in het *Discours* kwantitatief gesproken een zeer bescheiden plaats innemen.

De beschouwingen over eigendom en contract in het *Discours* zijn – de bespreking van enkele bijzondere rechtsfiguren (zoals de lening tegen interest en de hypotheek) terzijde gelaten – eenvoudig en rechtlijnig, zij het dat zij weinig meer zeggen dan dat eigendom en contract hun oorsprong vinden in het natuurrecht (509–510; 517–518). Het betoog ter onderbouwing van de voorgestelde familierechtsregels daarentegen vertoont de ene kronkel na de andere: het vermengt verschillende, in de laatste analyse onverzoenbare familie(rechts)ideologieën en inspiratiebronnen van het recht. Het barst van de contradicties, terwijl de (voorstellen tot) wetgeving waar het naar verwijst toch, vergeleken met het hedendaagse familierecht, van redelijke eenvoud is (zijn): de complicaties voortvloeiend uit de vorming van een gemeenschap door twee en niet meer dan twee principieel gelijke rechtssubjecten worden uit de weg gegaan dankzij het beginsel dat de man het hoofd van het huishouden is en het bestuur over de goederen en de persoon van de vrouw heeft.

Het contrast tussen de vanzelfsprekendheid van de voorgestelde beginselen van het vermogensrecht en de moeizaamheid van de legitimering van het voorgestelde familierecht blijft niet beperkt tot het *Discours*. De bespreking van het familierechtsdeel van het ontwerp van wetboek werd bij wijlen gekenmerkt door passionele discussies;² Napoleon zelf zat de meeste sessies voor, kwam actief tussen in het debat en wendde zijn macht aan om bepaalde voorstellen – i.h.b. de regeling van de echtscheidingsgronden – te doen wijzigen.³ Meningsverschillen van vergelijkbare intensiteit treft men t.a.v. zaken- en verbintenissenrecht slechts uitzonderlijk aan (b.v. bij de bespreking van de vraag of de tijdens de revolutie afge-

2. Zie b.v. FENET, P., *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, IX, Osnabrück, Zeller, 1968 (1827), 248–564 (over de echtscheiding); FENET, P., *o.c.*, X, 73–77 (over de opsporing van het vaderschap van een natuurlijk kind); GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *La Révolution Française et la famille*, Parijs, P.U.F., 1978, 101–105 (over de instelling van de adoptie).

3. FENET, P., *o.c.*, IX, 271–304 en X, 76–77; GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *o.c.*, 170–171; VAN CAENEGEM, R., *Geschiedkundige inleiding tot het privaatrecht*, Gent, Story, 1981, 5.

schaften 'eeuwige en onafkoopbare pachtcontracten'⁴ weder ingevoerd moesten worden⁵); Napoleon mengde zich nauwelijks in de debatten.⁶

Vanwaar de moeilijkheden die de postrevolutionaire wetgever blijkbaar ondervond om een consensus over het familierecht te bereiken en om het voorgestelde familierecht op bevredigende wijze te funderen en vanwaar het vergelijkbare gemak waarmee de eigendomsordening en het contract – die met de opkomst van de arbeidersbeweging brandpunten van contestatie zouden worden – algemeen geaccepteerd werden? Om deze vraag te beantwoorden wordt nu eerst de retoriek van het *Discours* over het familierecht aan een nadere analyse onderworpen. Vervolgens wordt gepoogd de gezochte verklaring op twee niveaus uit te werken:

- vooreerst het niveau van de rechtsontwikkeling: de ontwikkeling van het familierecht werd gekenschetst door een dubbele breuk (van het revolutionaire recht met het oude recht, van de code civil met het revolutionaire recht); op het vlak van het vermogensrecht was de eerste overgang minder schokkend, de tweede een consolidatie, niet een restauratie zoals in het familierecht;
- vervolgens het niveau van de onderliggende economische verhoudingen: zowel de continuïteit van als de verandering in het vermogensrecht bezaten een economische basis die het revolutionaire familierecht moest ontberen.

1. Het *Discours* over het familierecht

In het *Discours* wordt verzocht een legitimatie te geven van de voorgestelde wetgeving. Daartoe wordt een beroep gedaan op verschillende 'inspiratiebronnen' waaruit het positieve recht put. Voor-

4. Dit is een verzamelnaam voor diverse overeenkomsten die met elkaar gemeen hadden dat zij de 'pachter' het gebruik van een grond toestonden tegen de betaling van een rente aan de 'verpachter'; het contract was in beginsel voor 'eeuwig' afgesloten en de rente bleef dus ook steeds verschuldigd, zelfs al hadden een 'pachter' en zijn voorouders het land letterlijk sedert eeuwen bewerkt en al had de 'verpachter' zich er al die tijd niet laten zien; de 'pachter' had geen recht om de rente af te kopen en aldus de volle eigendom van de grond te verwerven. Deze contracten werden afkoopbaar gemaakt door het decreet van 6 augustus 1789 (SAGNAC, P., *La législation civile de la Révolution Française (1789–1804)*, Glashütten im Taunus, Auvermann, 1971 (1898), 107–108).

5. SAGNAC, P., *o.c.*, 339–343.

6. VAN CAENEGEM, R., *o.c.*, 5.

zover ik kan zien, worden in de tekst drie zulke inspiratiebronnen onderscheiden:

1. de natuurwet;
2. de staatsraison ('la loi *politique*');
 3. de (civiele) billijkheid ('la loi *civile*').

Men zou kunnen menen nog een vierde bron te onderkennen: de noodzaak van een sociale ordening. Bij de bespreking van het erfrecht wordt gesteld dat dit recht, in zijn algemeenheid beschouwd (dus zonder een uitspraak te doen over de concrete orde der erfopvolging), 'd'institution sociale' is, omdat enige orde der erfopvolging nu eenmaal sociaal noodzakelijk is (men kan goederen, waarin geïnvesteerd is door een overleden eigenaar, niet zomaar verloren laten gaan) (518–519); de concrete wijze van verdeling van het nagelaten vermogen is daarentegen *slechts* 'de droit politique du civil' (519). Hier schijnt een categorie geïntroduceerd te worden die onderscheiden is van de nrs. 2 en 3 op mijn lijstje van bronnen en toch niet samenvalt met de natuurwet. Het begrip 'institution sociale' wordt elders in het *Discours* immers gebruikt ter aanduiding van een regeling die *niet* uit het natuurrecht volgt. Het klaartst komt dit tot uiting wanneer, ter motivering van de afwijzing van een regulier erfrecht voor de natuurlijke kinderen, gesteld wordt dat 'la successibilité [*n' étant*] ... qu 'un droit social ... [*elle*] ne doit point contrarier les autres institutions sociales' (522, mijn cursivering); wat kan dit anders betekenen dan dat een 'institution sociale' niet van dezelfde orde is als een regeling volgend uit het natuurrecht? Maar in dezelfde passage wordt gesteld dat het genoemde 'droit social' – blijkens het citaat hier synoniem van 'institution sociale' – 'est entièrement réglé par la loi politique ou civile'; de 'institution sociale' in deze passage is dus een andere dan de hoger aangehaalde 'institution sociale', die immers geopponeerd werd aan 'la loi politique ou civile'. Het woord 'institution sociale' wordt in de passage over de fundering van het erfrecht (518–519) gebruikt in een ongebruikelijke betekenis. M.i. valt het in deze betekenis, ondanks de schijn van het tegendeel, samen met de 'natuurwet'. Vergelijkt men immers de expliciet natuurrechtelijke fundering van de eigendom in het *Discours* met de fundering van het erfrecht als 'institution sociale', dan blijken zij inhoudelijk dezelfde lijnen te volgen. De mensen hebben recht op datgene wat zij nodig hebben om te overleven; niemand zou planten of zaaien indien hij de grond waarop hij zaait of plant niet zou bezitten; dat is de na-

tuurlijke grondslag van het eigendomsrecht (517–518). Dat is een overweging van dezelfde orde als de gedachte dat er enig erfrecht moet zijn om het gezaaide, geplante en gebouwde en de verbeteringen aangebracht aan het bezaaide, beplante en bebouwde goed niet verloren te laten gaan. Volgens de meest welwillende interpretatie van de tekst moet het woord ‘institution sociale’ bij de bespreking van de fundering van het erfrecht daarom gelezen worden als een (ongelukkig gekozen) synoniem voor de ‘natuurwet’.⁷

Laat men de toepassing op het familierecht buiten beschouwing – een werkwijze die vanzelfsprekend niet geoorloofd is wanneer men een globale analyse van het *Discours* wil ontwikkelen, maar die wel leerrijk is om de bijzondere plaats van het familierecht in de tekst te bepalen – dan kan een hiërarchie der drie bronnen worden aangegeven.

De natuurwet primeert de andere bronnen. Wanneer ondubbelzinnig uit de natuur der zaken zelf een regel volgt, dan worden overwegingen van staatsbelang of van (niet uit de natuur volgende) billijkheid niet eens aan de orde gesteld. Dit wordt in het *Discours* niet met zoveel woorden in het algemeen gesteld, maar het volgt uit art. 1 van het ontwerp van Portalis c.s., waarvan de aanhef luidt: ‘Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives’.⁸ Dit beginsel vindt toepassing t.a.v. de privé-eigendom (517–518), de algemene beginselen van het verbintenissenrecht (zoals de contractuele vrijheid en de gehoudenheid aan het contract, de vrije wilstoestemming) (509–510 en 517) en de monogamie (484). Politieke en (civiele) billijkheidsargumenten worden dan enkel ontwikkeld voorzover het erom gaat aan de basisregel een concrete uitwerking te geven die niet zonder meer uit het natuurrecht af te leiden is (b.v.: de noodzaak van enig erfrecht is voorafgegeven (zie supra), maar de bepaling van de rangorde en het aandeel van de verschillende erfgenamen behoort tot het domein van ‘loi politique’ en ‘loi civile’ (518–520)). Een alternatieve hiërarchie zou ook moeilijk denkbaar zijn: eens men aanneemt dat er zoiets als een ‘natuur van de zaak’ (of van de mens) is, die kenbaar is en waaruit rechtstreeks normen kunnen worden afgeleid, laat zich be-

7. Een minder welwillende interpretatie zou erin bestaan de auteurs van het *Discours* van een inhoudelijke inconsistentie te betichten. Bij de verdere bespreking van de familierechtsretoriek zal dat blijken onvermijdelijk te zijn.

8. FENET, P., *o.c.*, II, 3.

zwaarlijk nog verdedigen dat politieke contingenties of wisselende billijkheidsgevoelens als bron van positief recht de voorrang zouden hebben boven deze 'natuur' (het incidentele is per definitie ondergeschikt aan het essentiële).

Is er een prioriteit aan te geven tussen staatsraison en (civiele) billijkheid? Het *Discours* geeft op deze vraag in abstracto een klaar antwoord: 'Le code civil est sous la tutelle des lois politiques; il doit leur être assorti' (478). Er zijn dan ook, vooral in de bespreking van het familierecht (zie verder), voldoende voorbeelden te vinden waarin de (civiele) billijkheid moet wijken voor het staatsbelang. De duidelijke stellingname voor de primauteit van 'la loi politique' wordt echter afgezwakt door de scherpe kritiek van het *Discours* op de 'excessen' van het revolutionaire recht, dat alle regelingen aan het publieke belang ondergeschikt gemaakt zou hebben; zo werd het vroegere erfrechtelijke systeem overhoop gehaald 'parce qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre de propriétaires' (465). Deze kritiek is, vanuit de visie van de stellers van het *Discours*, begrijpelijk voorzover de revolutionaire wetgever het natuurrecht veronachtzaamd zou hebben, maar het gegeven voorbeeld lijkt dan toch wel bijzonder ongelukkig gekozen: indien de orde der erfopvolging niet uit de natuurwet volgt (zie supra) en indien, in afwezigheid van een natuurrechtelijk beginsel, de staatsraison voorrang heeft op de (civiele) billijkheid, hoe kan de revolutionaire wetgever dan *verweten* worden zich bij de bepaling van de orde der erfopvolging door het staatsbelang te hebben laten leiden?⁹ De auteurs van het *Discours* konden, in de con-

9. Hierbij wordt nog abstractie gemaakt van de gegrondheid van de voorstelling van het revolutionaire erfrecht in het *Discours*. De belangrijkste erfrechtelijke innovaties van de Revolutie waren:

1. de eenmaking van het erfrecht, dat voorheen in het zuiden door Romeinsrechtelijke beginselen, in het noorden door het gewoonterecht beheerst werd;
2. de afschaffing van het eerstgeboorterecht en van de uitsluiting van de dochters uit de nalatenschap (art. 1 decreet van 8-15 april 1791 'relatif au partage des successions ab intestat', *Pasinomie, ou collection complète des lois, décrets, arrêtés et règlements généraux qui peuvent être invoqués en Belgique*, Brussel, 1834, 287 (hierna geciteerd als *Pasinomie*)) – regels die voor de revolutie van toepassing waren op de feodale goederen (maar niet op alle andere goederen, d.i. niet op roerende goederen noch op gronden waarop de aanspraken geen oorsprong hadden in een – vroegere, eventueel vele eeuwen teruggaande – relatie tussen leenheer en leenman);
3. de verregaande inperking van de mogelijkheid de kinderen te onterven, die voorheen in 'les pays de droit écrit', maar niet in 'les pays de droit coutumier' bestond →

text van de opbouw van een sterke en gecentraliseerde Franse staat onder Napoleon, bezwaarlijk het belang van de staat ondergeschikt verklaren aan de belangen van individuen, maar zij vertonen niettemin een argwaan jegens de staatsraison die niet goed te verzoenen is met de principiële plaatsing van 'la loi politique' op de tweede plaats van ons lijstje.

Leest men nauwkeurig de argumenten ter onderbouwing van de voorgestelde familiewetgeving in het *Discours*, dan blijft van de reconstructie van de hiërarchie der bronnen van het positief recht weinig of niets over. Om dit duidelijk te maken wordt nu de redenering van Portalis c.s. over huwelijk en afstamming stap voor stap geanalyseerd.

Uitgangspunt van het vertoog over het huwelijk in het *Discours* is dat het huwelijk, voor elke juridische positivering, door de natuur gegeven is. Dit natuurgegeven behelst veel meer dan de sexuele aantrekking; ook de gevoelens van de partners jegens elkaar en de verplichtingen die uit de band tussen hen groeien zijn van natuurrechtelijke aard (483–484). Het huwelijk is een *overeenkomst*, dus een relatie aangegaan uit vrije wil, tussen *een* man en *een* vrouw –

→ (decreet van 7 maart 1793 en art. 16 decreet 17 nivôse jaar II (SAGNAC, P., *o.c.*, 225–227));

4. de principiële gelijkstelling van de natuurlijke (maar niet van de in overspel verwekte) met de wettige kinderen (wet 12 brumaire jaar II (GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *o.c.*, 116–127));

5. de afschaffing van de erfstellingen over de hand, die de erfgestelde verplichtten het erfgoed te bewaren en door te geven aan een ander persoon, gewoonlijk zijn zoon, die op zijn beurt weer dezelfde plicht had enz. (art. 1 decreet 25 oktober – 14 november 1792 (SAGNAC, P., *o.c.*, 225)).

In het voorstel van Portalis c.s. en in de code civil bleven deze hervormingen, met zekere nuances (het beschikbare deel was wat groter), behouden, op *een* grote uitzondering na: de gelijkstelling van wettige en natuurlijke kinderen werd tenietgedaan (art. 756–761 c.c.). Die innovatie van de Revolutie was echter niet alleen ingegeven door motieven verbonden met de politieke strijd van het ogenblik – men wilde de goederen van de aristocratische vijanden van de Revolutie zoveel mogelijk verdelen (GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *o.c.*, 115) –, maar ook door het gelijkheidsideaal – men meende een spreiding van de rijkdom over zoveel mogelijk burgers o.m. te kunnen bereiken door meer personen (de jongere zoons en de dochters uit het zuiden, de natuurlijke kinderen) tot de nalatenschap te roepen (GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *o.c.*, 115; SAGNAC, P., *o.c.*, 314) – en door de wens juridisch confirmatie te verlenen aan de natuurlijke banden (RONFANI, P., 'Il diritto della famiglia dalla Rivoluzione Francese al Code Civil. Alcune considerazioni su un recente volume', *Sociologia del Diritto*, 1990, nr. 3, (147), 149).

de liefde kan zich immers slechts op *een* voorwerp richten (484) – en wel een overeenkomst die uit haar aard *eeuwig* is (485). Uit het huwelijk volgt de afstamming: de echtelieden krijgen kinderen en aldus worden de rechten en plichten van de ouders in het leven geroepen (484–485).

Het bestaan van deze overeenkomst is aan de maatschappij en het positief recht gegeven, maar het is uiteraard nodig dat de maatschappij degenen die de plichten van echtgenoten en ouders hebben kan herkennen; daartoe legt de wet vormen vast (485–486). De relaties tussen een man en een vrouw die deze vormen niet aannemen, zijn ‘illicites’ en ‘peu favorables à la propagation de l’espèce’ (486). Maar worden er toch kinderen uit geboren, dan zijn zij geen lid van enige familie, want alleen door het huwelijk wordt een familie gesticht (522). In het bijzonder het vaderschap over een kind kan slechts worden vastgesteld aan de hand van een huwelijk; de echtgenoot van de vrouw die een kind gekregen heeft, is de vader (499).

Hier vinden sprongen in de redenering plaats die op zijn minst merkwaardig te noemen zijn. Indien het huwelijk rechtstreeks uit de natuur volgt, dan kan de positiefrechtelijke vorm gegeven aan het huwelijk niets anders en niets meer zijn dan een manier om het bestaan van het huwelijk te *bewijzen*. Stellen dat het natuurgegeven huwelijk er niet is omdat het (contingente) bewijsstuk ontbreekt en dat de unie van een man en een vrouw die dit bewijsstuk niet kunnen voorleggen om die reden ongeoorloofd is, komt erop neer politieke en burgerlijke belangen (het belang van rechters en bestuur die zich niet meer de kop moeten breken over de vraag of een gegeven band tussen een man en een vrouw nu al dan niet een ‘huwelijk’ is, de belangen van de verwanten van het paar en van schuldeisers) boven het natuurrecht te stellen. De uitsluiting uit de familie van kinderen geboren uit een relatie ‘peu favorable à la propagation de l’espèce’ is een hallucinante kronkel: de regel treft degenen wier bestaan zelf het motief voor de regel falsifieert.

Eens het fundament van het huwelijksrecht gelegd, buigen de auteurs van het *Discours* zich over meer specifieke regels van het huwelijksrecht. Zij behandelen de voorwaarden om in het huwelijk te treden, de interne orde van het huwelijk en de familie, en de vraag naar de ontbindbaarheid van het huwelijk.

Sommige voorwaarden om in het huwelijk te treden zijn door de natuur gegeven (de huwbare leeftijd, de monogamie, het

toestemmingsvereiste, het endogamieverbod tussen ascendenten en descendenten, tussen broer en zuster), andere zijn slechts ingegeven door overwegingen van politiek belang en openbare orde (de instemming van de vader, het endogamieverbod voorzover het verder reikt dan de relaties tussen ascendenten en descendenten of broers en zusters) (486–487). Voorwaarden van de eerste soort zijn noodzakelijk, voorwaarden van de tweede soort contingent. De indeling van de rechtsbronnen (in natuurrecht aan de ene kant, ‘loi politique’ en ‘loi civile’ aan de andere kant) speelt hier ogenschijnlijk een rol van belang, maar bij beschouwing van de sanctieregeling kan men beginnen twijfelen aan de juridische relevantie van de indeling: het niet natuurrechtelijke endogamieverbod tussen oom en nicht, tante en neef wordt, net zoals het wel uit het natuurrecht voortvloeiende endogamieverbod en het verbod van bigamie, gesanctioneerd met een volstreckte (door alle belanghebbenden inroepbare, onverjaarbare) nietigheid (art. 184 c.c.), wilsgebreken – die betrekking hebben op een natuurrechtelijke voorwaarde om in het huwelijk te treden – daarentegen slechts met een relatieve nietigheid (art. 180 c.c.). Een rationele grond voor deze sanctieregeling valt best te bedenken (een persoon die maar in het huwelijk is getreden als gevolg van een dwaling over de echtgenoot zal allicht zelf optreden om het huwelijk nietig te doen verklaren en doet hij dat, na zijn dwaling te hebben ingezien, niet, dan mag men aannemen dat hij alsnog toestemt in het huwelijk; wie willens en wetens een incestueus huwelijk heeft gesloten, zal vermoedelijk niet zelf de nietigheid ervan inroepen en die nietigheid moet dan ook door anderen kunnen worden gevorderd), maar die grond staat los van de indeling in natuurgegeven en niet natuurgegeven huwelijksbeletselen. In de concrete uitwerking van de regels is het natuurrecht moeilijk terug te vinden.

De interne orde van het huwelijk en de familie wordt verzekerd door de macht van de man over vrouw en kinderen. In een associatie van twee personen moet iemand de beslissingen nemen; die macht komt toe aan het geslacht dat door de natuur aangewezen wordt (486). Alle beslissingen in het huwelijk worden door de man genomen, maar zijn gezag is geen dictatuur, maar een bescherming van de zwakkere (504). Zo ook wordt het vaderlijk gezag gemotiveerd door de zwakte en onervarenheid van het kind; de vader laat zich, bij de uitoefening van zijn gezag, leiden door de welbegrepen belangen van het kind (486–487 en 504–505). In deze beschou-

wingen komt de natuurrechtelijke grondslag van het huwelijk nu weer compromisloos tot uiting – zij het dat een opvatting over de ‘natuur van de vrouw’ wordt aangehangen die tijdens de Revolutie omstreden was.¹⁰

De vraag naar de ontbindbaarheid van het huwelijk door de echtscheiding draagt de bijzondere aandacht van de stellers van het *Discours* weg en brengt hen tot zeer gecompliceerde redeneringen. Dat is geen wonder, want deze vraag is in vrijwel alle codificaties en hervormingen van het familierecht een twistappel: de (on)mogelijkheid tot echtscheiding en de voorwaarden waaronder zij kan worden bekomen determineren de reikwijdte van alle huwelijksregels. De rechten en plichten van de echtgenoten zijn des te minder van betekenis naarmate de echtscheiding er gemakkelijker een einde aan kan stellen; de vervulling van de sociale functies die aan het huwelijk worden toegeschreven komt meer in het gedrang naarmate het de individuen lichter valt te ontsnappen aan de huwelijksplichten.

De overeenkomst tussen de echtelieden is eeuwig, zo stellen Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu en Maleville. Op zichzelf is dit een tamelijk merkwaardige opvatting, want een van de weinige verschillen tussen het pre- en het postrevolutionaire contractenrecht ligt hierin dat de eeuwige of levenslange gebondenheid, die typisch was voor de relaties suzerain-vazal en heer-lijfeigene, door de Revolutie afgeschaft is.¹¹ Is het huwelijk een eeuwige overeen-

10. Tijdens de debatten over de hervorming van het huwelijksrecht in 1792–1793 werden sterk verschillende gezichtspunten over de ‘natuur van de vrouw’ ingenomen. Terwijl sommige afgevaardigden – onder wie Danton – de gelijkstelling van man en vrouw t.a.v. het bestuur van het huwelijksvermogen bepleitten ‘pour rétablir les femmes dans leurs droits naturels’, meenden anderen dat vrouwen nu eenmaal van nature inferieur zijn aan mannen en daarom ook ongeschikt om vermogens te beheren (SAGNAC, P., *o.c.*, 300). In de eerste en tweede projecten voor een burgerlijk wetboek (zie ‘De plaats van het *Discours* in de wordingsgeschiedenis van de Code Napoléon’) werd aan de echtgenoten een gelijke bestuursbevoegdheid over het huwelijksvermogen toegekend (art. 11 titel III van het eerste project, art. 44 tweede project (SAGNAC, P., *o.c.*, 296–301)). T.a.v. de gronden tot en de rechtspleging van de echtscheiding werden mannen en vrouwen, i.t.t. wat het geval was zowel in het recht van het Ancien Régime als in de code civil (zie art. 229–230 c.c.), gelijk behandeld (decreet van 20–25 september 1792 ‘qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce’, *Pasinoimie*, 436).

11. De feodale relaties werden principieel afgeschaft door het decreet van 15–28 maart 1790. Hoewel op dit beginsel aanvankelijk nog substantiële uitzonderingen werden aanvaard (zie *infra*), golden deze uitzonderingen niet voor de in som- →

komst, dan is het de enige overeenkomst van die aard. Maar indien het huwelijk inderdaad een levenslange band in het leven roept, dan van twee zaken een: of het huwelijk is zo 'eeuwig' dat het onder geen beding kan worden verbroken, ook niet wanneer een der partijen zijn verplichtingen niet nakomt (dit was het geval tijdens het Ancien Régime): dan *is er geen* echtscheidingsvraagstuk; of die 'eeuwigheid' betekent alleen dat men niet van zijn plichten ontslagen kan worden zolang de andere partij geen contractbreuk pleegt, maar dan heeft men de principiële oplossing voor het echtscheidingsvraagstuk: de echtscheiding is toegestaan op verzoek van de ene partij telkens dan en alleen wanneer de andere partij ernstig tekortschiet in de naleving van haar verbintenissen. De auteurs van het *Discours* kiezen geen van beide wegen en storten zich daarmee in de complicaties. Zij verlaten het natuurrechtelijk vertoog en stellen dat de echtscheiding als een noodzakelijk kwaad aanvaard moet worden teneinde een *praktische* oplossing te bieden voor de ondraaglijke verhoudingen die tussen echtgenoten ontstaan als gevolg van de ravages die de hartstochten aanrichten (487–488). Deze praktische toegeving aan de passies vormt geen inbreuk op het natuurrecht of op de religieuze overtuiging, want het vraagstuk van de echtscheiding wordt hier *louer* bekeken als 'question civile'; de voor- en nadelen van de echtscheiding moeten tegen elkaar worden afgewogen 'du point de vue politique' (487–488).

Het betoog wordt hier uitermate gewrongen. Een radicale censuur wordt aangebracht tussen het natuurrecht en het positief recht. Het positief recht kan toestaan wat eventueel onverzoenbaar is met het natuurrecht (de ontbinding van het huwelijk tijdens het leven van de echtgenoten) zonder daardoor in *strijd te komen met* het natuurrecht. Hier wordt een verhouding tussen natuurrecht en positief recht verondersteld die afwijkt van het gebruik van het natuurrecht doorheen het hele *Discours* en die aan het natuurrecht elke relevantie voor de ontwikkeling van het positief recht ontzegt. Ook het elders scherp getekende onderscheid tussen 'la loi politique' en 'la loi civile' gaat in rook op: indien 'une pure question

→ mige streken nog bestaande lijfeigenschap en herendiensten (SAGNAC, P., *o.c.*, 100). Aan de persoonlijke verbintenis volgend uit de overeenkomst van de 'huur van diensten' (de latere arbeidsovereenkomst) kon, in het systeem van de Code Napoléon, steeds en zelfs zonder vooropzeg ontkomen worden (art. 1780 c.c.; voor de oorspronkelijke interpretatie van dit artikel zie LE GOFF, J., *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830 – 1985)*, Bourg-de-Baye, La Digitale, 1985, 37–39).

civile' opgelost moet worden door de afweging van pro's en contra's naar politieke criteria, dan *is* er geen onderscheid tussen het politieke en het civiele.

Maar laat ons terugkomen naar de tekst van het *Discours*. Indien de echtscheiding principieel kan worden toegestaan, dan blijft nog de vraag onder welke voorwaarden zij mogelijk is. Portalis c.s. wijzen zowel de echtscheiding op grond van de onverenigbaarheid 'd'humeur et de caractère' als de echtscheiding met wederzijdse toestemming, beide gedurende de Revolutie toegestaan door het decreet van 20–25 september 1792 (zie noot 10), af. De eerste echtscheidingsvorm wordt verworpen omdat een eenzijdige contractbeëindiging nu eenmaal niet is toegestaan zolang de andere partij haar deel van de overeenkomst naleeft (492). Deze redengeving is in overeenstemming met het tussen haakjes plaatsen van de natuurwet bij de beschouwing van de echtscheiding: indien de natuurrechtsleer toch niet van toepassing is, is er geen grond om de overeenkomst als 'eeuwig' te beschouwen en moet er dus een andere reden worden aangegeven om de voorgestelde echtscheidingsgrond te verwerpen. Het gebruikte argument is, binnen de logica van het betoog, echter alweer verbazend: nadat gesteld is dat de voor- en nadelen van de echtscheiding tegen elkaar moeten worden afgewogen 'du point de vue politique', wordt een doorslaggevende betekenis toegekend aan een verbintenissenrechtelijke overweging. En daarmee is het laatste inconsequente woord nog niet gesproken: nu de discussie binnen de logica van het gemene contractenrecht is geplaatst, lijkt de acceptatie van de echtscheiding door wederzijdse toestemming onvermijdelijk: wat twee partijen in consensus in het leven geroepen hebben, kunnen zij evenzeer gezamenlijk ontbinden. Neen, zeggen de auteurs van het voorstel, want (i) in tegenstelling tot andere maatschappen is het huwelijk een natuurnoodzakelijke band, (ii) de echtgenoten komen niet alleen overeen voor zichzelf, maar ook voor (a) de menselijke soort in het algemeen en voor (b) de staat, (iii) in tegenstelling tot andere overeenkomsten heeft het huwelijk niet de goederen, maar de personen tot voorwerp (495). Plots duikt het natuurrechtelijke karakter van het huwelijk op, zowel sub (i), sub (ii, onderdeel a) (argumenten die overigens samenvallen, want het lijkt geen twijfel dat de opstellers van het *Discours* de reproductie van de soort zien als een natuurlijke functie van het huwelijk) als sub (iii). Ook dit laatste argument verwijst immers naar de natuur van het huwelijk; wat zou

de wetgever beletten het huwelijk louter als een contract over goederen te behandelen, tenzij precies de natuur die een definitie van het huwelijk geeft waaraan de steller van de wet zich niet kan onttrekken?¹² Al deze argumenten moeten, precies omdat zij natuurrechtelijk zijn, bij consistente toepassing van de gekozen werkwijze buiten beschouwing gelaten worden. Dan blijft enkel het staatsbelang als argument over. Dit belang van de staat bij de orde van de familie wordt doorheen het *Discours* in niet mis te verstane bewoordingen beklemtoond: 'les familles ... sont la pépinière de l'état' (498), 'c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens' (522). Het toestaan van de echtscheiding door onderlinge toestemming zou het huwelijk in belangrijke mate aan de controle van de staat onttrekken en tot een gewone overeenkomst herleiden; vandaar dat deze rechtsfiguur prima facie strijdig is met het staatsbelang.¹³

Daarmee zijn we nog niet klaar. Nu uitgemaakt is welke echtscheidingsgronden niet kunnen worden aanvaard, moet nog bepaald worden welke gronden dan wel kunnen worden ingeroepen. Daartoe kunnen enkel 'des infractions manifestes du contrat' weerhouden worden (496). Deze oplossing had, zonder een verwarde en verwarrende omweg te moeten maken, van bij de aanvang bereikt kunnen worden door een 'zwakke' betekenis toe te kennen aan het 'eeuwigheidskarakter' van het huwelijk (zie supra). Hier wordt zij tevoorschijn getoverd, maar lang nadat haar band met het natuurrecht verbroken is en evenmin zonder dat zij uit het gebruikelijke contractdenken kan worden afgeleid (want dan zou ook de echtscheiding met wederzijdse toestemming aanvaard moeten worden). De oorsprong van deze oplossing moet dus een raadsel blijven.

12. Binnen de logica van het *Discours* leidt argument (iii) overigens nog tot een verdere inconsistentie. In het algemene deel van het *Discours* wordt gesteld dat de civiele wetten betrekking hebben op personen en goederen, en op de goederen slechts in het belang der personen (477). Wanneer nu de goederen, in het belang der personen, niet langer – i.t.t. wat in het Ancien Régime het geval was – voor eeuwig gebonden kunnen zijn (zie de vorige noot), welke grond kan er dan zijn om de personen zelf wel levenslang te binden?

13. In de code civil werd echter, in afwijking van het ontwerp, de echtscheiding door onderlinge toestemming georganiseerd (art. 233 en 275 – 280 c.c.) en wel op zulke wijze dat zij zeer wel in overeenstemming was met het staatsbelang, begrepen als het belang van de ordening van de burgerlijke maatschappij (zie infra).

Haar concrete uitwerking is dat evenzeer: alleen de burgerlijke dood en de misdaden of wanbedrijven door de ene echtgenoot jegens de andere gepleegd worden als 'infractions manifestes' beschouwd (496). De burgerlijke dood is echter, net zomin als de fysieke dood, een contractuele tekortkoming: wie burgerlijk dood verklaard is, heeft geen rechten en plichten meer, is dus ook geen echtgenoot meer; een echtscheiding is dan conceptueel overbodig (en in de Code Napoléon is de burgerlijke dood dan ook niet weerhouden als een echtscheidingsgrond, maar is zij een afzonderlijke grond tot ontbinding van het huwelijk geworden (art. 227, 3° c.c.)). Anderzijds zijn er zware inbreuken op de huwelijksplichten (b.v. een voortdurende weerspanning van de vrouw of een verkwistend vermogensbeheer door de man) die niet onder toepassing van het strafrecht vallen en dus, volgens het voorstel, ook geen echtscheidingsgrond vormen. Niet alleen komt de voorgestelde oplossing uit de lucht vallen, haar eigen logica wordt alweer niet gerespecteerd.

Verschillende, elkaar weersprekende motieven lopen door elkaar in het discours van het *Discours* over de familie: een visie op de 'natuur' van het huwelijk, een alternatieve visie waarin het huwelijk sterk op een gewone overeenkomst lijkt, 'last but not least' het belang van de familie voor staat en gemeenschap. In weerwil van een ondubbelzinnige principiële hiërarchisering der bronnen van het positief recht volgt het betoog een slingerbeweging tussen deze motieven, waarbij de logische contradicties zich opstapelen. *Naargelang de noden van het geval* wordt nu eens de ene, dan weer de andere grondslag van het positief recht als determinerend aangewezen.

De hoge graad van inconsistentie is opmerkelijk, niet alleen omdat de andere onderdelen van het *Discours* en de 'Livre préliminaire' van het ontwerp – die de filosofie van de voorgestelde code samenvat¹⁴ en waarvan slechts enkele artikelen weerhouden zijn in de Code Napoléon – een vrij samenhangende indruk geven, maar ook omdat men zou menen louter onder inroeping van het natuurrecht reeds zeer uiteenlopende positiefrechtelijke regelingen te kunnen verdedigen. Tenzij men de 'natuur van de mens' inhoud geeft aan de hand van een onderzoek van de feiten – een werk dat aanhangers

14. FENET, P., *o.c.*, II, 3–8.

van het natuurrecht gemakshalve achterwege plegen te laten –, kan men deze ‘natuur’ immers omschrijven zoals men wil,¹⁵ dus ook op maat snijden ten behoeve van een legitimering van het geldende of voorgestelde recht. De revolutionaire wetgever, door de stellers van het *Discours* geregeld gelaakt omdat hij het onmiddellijke staatsbelang tot richtsnoer van alle recht zou gemaakt hebben (zie supra), beriep zich al evenzeer op het natuurrecht als Portalis c.s.; het was alleen maar een ander natuurrecht, een waarin het huwelijk louter gebaseerd was op de overeenstemming der partijen en alle kinderen gelijk waren.¹⁶ Waarom kunnen de schrijvers van het *Discours* de klus (de legitimering van het voorgestelde familierecht) niet klaren met behulp van *hun versie* van het natuurrecht? Het antwoord is m.i. dat zij enerzijds teveel compromissen hebben moeten sluiten t.a.v. het ontwerp van wetgeving en anderzijds op bepaalde denkbare inhouden van het natuurrecht geen beroep konden doen. Het huwelijk is hetzij wel, hetzij niet te ontbinden tijdens het leven van de echtgenoten; is het ontbindbaar – wat in het wetsontwerp wordt aangenomen –, dan moet er in een natuurrechtelijke optiek een tot het wezen van het huwelijk herleidbare grond voor de ontbinding zijn. Een grondslag voor de in het ontwerp voorgestelde regeling had misschien kunnen worden gevonden in een visie waarin de wil van de partijen van geen of ondergeschikt belang is bij de totstandkoming en functies van het huwelijk. Hoewel zo’n visie doorschemert in de passages waarin de belangen van de soort, de gemeen-

15. Het is ook denkbaar dat men aan de willekeur verbonden met de bepaling van de ‘natuur van de mens’ probeert te ontsnappen door *conventie*: wij komen vooraf overeen wat onder de ‘natuur van de mens’ moet worden verstaan en trekken uit de aldus tot stand gekomen omschrijving de logische consequenties voor het positief recht. Deze benadering is in zekere zin zelfs superieur aan de empirisch-wetenschappelijke, omdat zij in beginsel toelaat elke betwisting uit te sluiten – terwijl de feiten altijd vanuit een waarnemingsperspectief worden vastgesteld en derhalve soms in vraag kunnen worden gesteld door het waarnemingsperspectief te betwisten (*soms*, want er zijn genoeg feiten – b.v. de dood van Napoleon – waarover waarnemers uit de meest diverse gezichtshoeken het zonder meer eens kunnen zijn). Zo’n ‘conventionalistische’ benadering ontnemt echter de overtuigingskracht aan argumenten uit de ‘natuur van de mens’, want deze argumenten ontleen precies hun dwingende karakter aan de vooropstelling dat aan de ‘natuur van de mens’ niet te ontkomen valt en dat een regelgeving er dus wel rekening mee *moet* houden – wat niet het geval is indien deze ‘natuur’ conventioneel veranderd kan worden of zelfs kan worden opgeheven doordat een sociale actor zijn instemming met de definitie van de ‘natuur’ intrekt.

16. SAGNAC, P., *o.c.*, 277–293 en 323–324.

schap, de staat, de familie worden ingeroepen, stond zij de auteurs van het *Discours* niet ter beschikking als beschrijving van de natuurlijke grondslag van het huwelijk. Zij zou al te zeer in strijd geweest zijn zowel met de eeuwenoude – zij het door de bezittende klassen niet altijd in de praktijk gebrachte¹⁷ – juridische traditie, waarin de toestemming van de partijen essentieel was voor de totstandkoming van een huwelijk,¹⁸ als met de geest van een burgerlijk wetboek dat de vrijheid van circulatie van goederen en personen beoogt te bevorderen: een recht waarin het aangaan van een economische basisrelatie als het huwelijk aan de partners zelf onttrokken zou zijn, zou een dynamisch ondernemerschap en sociale innovatie van de nieuwe generaties in een markteconomie in de weg staan. De makers van het ontwerp moesten wel uitgaan van het huwelijk als een unie van toestemmende personen en waren daardoor gevangen in een schema waarin zij hetzij de mogelijkheid tot echtscheiding radicaal moesten negeren (de ‘sterke’ versie van de ‘eeuwige’ verbintenis), hetzij gedoemd waren enige vorm van de contractgedachte (het huwelijk als gewone overeenkomst – met als consequentie de toelaatbaarheid van de echtscheiding met wederzijdse toestemming – of als ‘eeuwige’ verbintenis in de ‘zwakke’ versie – met als gevolg de ontbindbaarheid wegens de fout van de andere echtgenoot) toe te passen; de laatste optie zou hen tot ruimere echtscheidingsmogelijkheden gebracht hebben dan zij bereid waren toe te staan. Vandaar dat de onderbouwing van de voorgestelde huwelijkswetgeving het natuurrechtelijke kader wel te buiten moest gaan.

Betekent dit nu dat in het vertoog over het familierecht in het *Discours* elke hiërarchie in de relatie tussen de rechtsbronnen zoek is? Bij nader toezien blijkt de vooropgestelde verhouding tussen

17. BRESC, H., ‘L’Europe des villes et des campagnes (XIIIe – XVe siècle)’, in *Histoire de la famille*, I, *Mondes lointains, mondes anciens*, BURGUIERE, A., KLAPISCH-ZUBER, C., SEGALIN, M. en ZONABEND, F. (eds.), Parijs, Colin, 1986, (385), 399–400; STONE, L., *The Family, Sex and Marriage in England 1500–1800*, Harmondsworth, Penguin, 1979, 127–136; VANDENBROEKE, C., *Vrijen en trouwen van de Middeleeuwen tot heden*, Brussel, Elsevier, 1986, 19–20.

18. BURGUIERE, A. en LEBRUN, F., ‘Le prêtre, le prince et la famille’, in *Histoire de la famille*, II, *Le choc des modernités*, BURGUIERE, A., KLAPISCH-ZUBER, C., SEGALIN, M. en ZONABEND, F. (eds.), Parijs, Colin, 1986, (93), 93–110; OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *Histoire du droit privé*, III, *Le droit familial*, Parijs, P.U.F., 1968, 189–190.

natuurrecht en staatsbelang veeleer op zijn kop gezet te worden: telkens natuurrecht en publiek belang in conflict dreigen te komen, wordt aan het publiek belang de voorrang gegeven. De unie van twee lichamen en zielen, het 'natuurlijke huwelijk', telt voor niets wanneer hij niet tot stand gekomen is in de vormen en in overeenstemming met de voorwaarden opgelegd door de staat. De kinderen uit deze unie hebben slechts marginale rechten tegenover hun ouders; zij hebben zelfs niet noodzakelijk ouders: daartoe moeten zij worden erkend (501–508 en art. 334 c.c.) en gebeurt dat niet, dan is de opsporing van het moederschap slechts beperkt mogelijk (art. 341 c.c.) en de opsporing van het vaderschap uitgesloten, behalve in het uitzonderlijke geval van de ontvoering van de moeder door de verwekker van het kind (art. 340 c.c.). De rust der familie, de eer der vrouwen en het vermogen der burgers verzetten zich tegen ruimere mogelijkheden tot vaststelling van de afstamming (502). Bij de nadere uitwerking van het bewijsrecht wordt nog eens beklemtoond dat 'la loi ... est plus occupée des familles que des individus' (503; met 'la famille' is de verwantengroep bedoeld, met 'les individus' degenen die hun huwelijk of afstamming, natuurlijke relatie, niet volgens de strakke regels van de wet kunnen bewijzen), dat 'le sort du citoyen ... touche moins [la loi] ... que le danger dont toute la société serait menacée' (503). Men ziet het: het natuurrecht moet wijken voor de belangen van staat en gemeenschap, en tevens voor die van die 'kleine staat' die de familie is. De belangen van de staat en van de familie zijn, in het discours van het *Discours*, geen belangen van fundamenteel verschillende aard; vanuit het gezichtspunt van wie zich op zijn 'natuurlijke' huwelijks- of afstammingsband wil beroepen, zijn beide belangen al evenzeer extern; wanneer de belangen van de familie *tegen* het natuurrecht worden uitgespeeld, wordt niet de billijkheid ('la loi civile'), maar wel de orde, de rust, het openbaar fatsoen ('la loi politique') ingeroepen. Het verschil met de revolutionaire periode ligt niet in een verminderd belang van de publieke orde, maar in een groter gewicht van de (oude) orde van de familie in die publieke orde.

De nauwe samenhang van sociale orde en familiale orde kan een ingang bieden tot de gezochte verklaring van de bijzondere plaats van het familierecht in het *Discours*. In hun slotwoord exalteren de stellers van het *Discours* de functie van de familie als kweekschool van staat en maatschappij (522); maar daarin kan *op zichzelf* geen verklaring gezien worden van de bijzondere plaats van het familie-

recht in het *Discours* of van het voorgestelde (en in belangrijke mate in de Code overgenomen) familierecht, want een ander familierecht werd door de revolutionaire wetgever net zo goed beschouwd als een voorwaarde voor de ontwikkeling van burgerzin en de stabiliteit van de nieuwe orde. Inzoverre een verklaring kan worden gevonden in de functie van de familie voor de maatschappelijke orde, kan het enkel gaan om een relatie van functionaliteit tot een *gegeven* maatschappelijke orde, die de beginselen van het economisch liberalisme combineert met (en afzwakt door) de institutionele bevestiging van klassen- en geslachtshiërarchieën (door de beperking van het genot van de politieke rechten tot vermogende mannen, het stakings- en coalitieverbod, de uitsluiting van vrouwen uit prestigieuze beroepen, de onderschikking van de gehuwde vrouw aan haar echtgenoot). Bij zo'n verklaring dient er echter eveneens rekening mee te worden gehouden dat het recht de familie niet noodzakelijk in functie van bredere maatschappelijke belangen moet normeren; de (coalities van) sociale actoren die, binnen de perken van het structureel mogelijke, de rechtsvorming bepalen, hebben ook belangen op het niveau van de organisatie van de familie zelf en het familierecht zal dus, naar verwachting, deze belangen incorporeren, ook los van mogelijke gewenste effecten op andere niveaus van de sociale verhoudingen.

Vooraleer dieper in te gaan op de elementen van een sociale verklaring, moet nu echter eerst de ontwikkelingsgang van het familierecht van het oude recht overheen het revolutionaire recht naar het ontwerp van 1800 en de code civil vergeleken worden met de gelijktijdige ontwikkelingen in het vermogensrecht.

2. *Vanwaar de kronkelwegen van het Discours?*

Een schets van de ontwikkeling van familierecht en vermogensrecht overheen de drie fasen (oud recht – revolutionair recht – code civil) doet al snel inzien waarom het familierecht de wegbereiders van de Code Napoléon ruim stof tot discussie kon geven. Ik beschouw nu eerst de ontwikkelingen in het familierecht (inclusief de ontwikkelingen in huwelijksvermogensrecht en erfrecht, omdat die van belang zijn voor de positie van de vrouw en de kinderen), confronteer ze dan met de ontwikkelingen in het vermogensrecht.

Tijdens het Ancien Régime was het huwelijk onontbindbaar tijdens het leven van de echtgenoten¹⁹ – al werd dit beginsel in zijn

praktische uitwerking gecorrigeerd door (i) het bestaan van ruime gronden tot nietigverklaring van het huwelijk (zo was de toestemming tot het huwelijk maar geldig i.g.v. daaropvolgende geslachtsbetrekkingen en was het endogamieverbod veel uitgestrekter dan in het latere recht)²⁰ en (ii) de scheiding van tafel en bed, die het huwelijk weliswaar niet ontbond, maar de echtgenoten toeliet afzonderlijk te leven en ontsloeg van de naleving van de meeste huwelijksplichten.²¹ De gehuwde vrouw was principieel handelingsonbekwaam en stond onder de maritale macht. Haar statuut was, in het algemeen gesproken, d.i. met veronachtzaming van bepaalde regionale particulariteiten en afwijkingen, echter anders in 'les pays de droit écrit' dan in 'les pays de droit coutumier'. In het costumenrechtelijke noorden was de algehele gemeenschap van goederen, bestuurd door de man, de regel. Bij huwelijkscontract kon hiervan worden afgeweken, maar de overeenkomst kon nooit de maritale macht afschaffen; de vrouw kon t.a.v. haar eigen goederen slechts geldig rechtshandelingen stellen met bijstand van haar echtgenoot.²² In het Romeinsrechtelijke zuiden bracht de vrouw een bruidsschat mee. De omvang en samenstelling van deze bruidsschat werden contractueel vastgelegd; bij ontstentenis van een overeenkomst werd vermoed dat de bruidsschat uit alle eigen goederen van de vrouw bestond. De bruidsschat werd beheerd door de man, maar hij kon er niet over beschikken, zelfs niet met medewerking van de vrouw. Als zekerheid voor het beheer van de bruidsschat rustte een wettelijke hypotheek op de eigen goederen van de man, waarvan de vrouw geen afstand kon doen;²³ aldus waren ook deze goederen moeilijk of niet vervreemdbaar.²⁴ Overal werd een uitzondering gemaakt voor de vrouw die handelaar was: voor de handelingen aangaande haar handel was zij principieel handelingsbekwaam.²⁵ Natuurlijke

19. GILISSEN, J., *Historische inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 526 en 529.

20. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *Histoire du droit privé*, III, Parijs, P.U.F., 189 en 194-197.

21. GILISSEN, J., *o.c.*, 526-527 en 529-530; OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, III, 198-199.

22. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, III, 148 en 260-278.

23. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, III, 150-152 en 286-290; SAGNAC, P., *o.c.*, 294-295.

24. SAGNAC, P., *o.c.*, 294-295.

25. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, III, 149-150.

kinderen (kinderen niet geboren uit een huwelijk en wier genitores evenmin na de geboorte met elkaar gehuwd waren)²⁶ behoorden tot geen enkele familie en hadden dus ook geen erfrecht jegens hun genitores of dier familie; het was hun genitores zelfs *verboden* hen tijdens het leven of bij testament te begiftigen (behoudens, voor niet in overspel of bloedschande verwekte kinderen, door middel van 'gematigde' bijzondere legaten).²⁷ Natuurlijke kinderen hadden enkel een onderhoudsvordering jegens hun genitores.²⁸ (Voor het erfrecht: zie noot 9).

De Revolutie bracht geen verandering in het statuut van de gehuwde vrouw, noch in de onderscheiden (noordelijke en zuidelijke) huwelijksstelsels. Hiertoe werden wel pogingen ondernomen (de afschaffing van de wettelijke hypotheek als waarborg voor het functioneren van het dotaal stelsel – en daarmee de feitelijke ondergraving van dit stelsel, dat bezwaarlijk kon functioneren in afwezigheid van een zekerheid voor de familie van de vrouw – en de gelijkstelling van man en vrouw t.a.v. het beheer van het huwelijksvermogen werden voorgesteld,²⁹ de eerste hervorming teneinde de fortuinen te bevrijden voor het ruilverkeer, de tweede als concretisering van het revolutionaire gelijkheidsideaal), maar zij vonden geen meerderheid in de wetgevende vergadering.³⁰ Revolutionaire innovatie vond alleen plaats op het vlak van de echtscheiding en het erfrecht, i.h.b. ook de toekenning van erfrecht aan de natuurlijke kinderen. Drie wijzen van echtscheiding werden ingevoerd: de echtscheiding door onderlinge toestemming, de echtscheiding door de eenzijdige inroeping ('la simple allégation') van de onverenigbaarheid 'd'humeur ou de caractère' en de echtscheiding op grond van feiten, waarvan sommige de verweerder verweeten konden worden (algemeen bekende zedeloosheid, verlating van de echtgenoot, misdrijven begaan tegen, verwondingen toegebracht aan, grove beledigingen jegens de andere echtgenoot, de veroordeling tot ontterende of schandelijke straffen, emigratie), andere schuldeloos waren (de afwezigheid, zwakzinnigheid, krankzinnigheid of razernij van een der echtgenoten) (decreet van 20–25

26. De definitie is ontleend aan OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, III, 198.

27. GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *o.c.*, 110.

28. GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *o.c.*, 110–111.

29. SAGNAC, P., *o.c.*, 296–297.

30. SAGNAC, P., *o.c.*, 299–301.

september 1792 'qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce', *Pasinomie*, 436). De tweede echtscheidingsvorm was, op zichzelf beschouwd, van aard om aan het huwelijk elke betekenis te ontnemen, aangezien hij toeliet zonder meer aan de gevolgen van het huwelijk te ontkomen. Dit effect werd enigszins afgezwakt door een vrij zware rechtspleging: de echtscheiding kon slechts worden toegestaan nadat de echtgenoten driemaal, gespreid over tenminste vijf maanden, verschenen waren voor een raad van familieleden en vrienden die moest proberen hen te verzoenen (§ II, art. 8–14 van het aangehaalde decreet). Voor de andere echtscheidingsvormen, die moeilijker te vervullen grondvoorwaarden veronderstelden, was de rechtspleging eenvoudiger: voor het bekomen van de echtscheiding door wederzijdse toestemming volstond *een* verschijning voor de genoemde raad (§ II, art. 1 van het decreet), de echtscheiding op grond van feiten kon, mits het bestaan van het ingeroepen feit bleek uit een gerechtelijke beslissing, onmiddellijk bekomen worden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand (§ II, art. 16); was geen vonnis of arrest ter attestatie van het ingeroepen feit voorhanden, dan moest een procedure voor het scheidsgerecht der familie gevoerd worden (§ II, art. 19). De hervormingen van het erfrecht bestonden uit de afschaffing van de primogenituur en van het exclusieve mannelijke erfrecht, de afschaffing van de ongelimiteerde erfstellingen over de hand, de beperking van het beschikbare deel en de gelijkstelling van de niet in overspel of bloedschande verwekte natuurlijke kinderen met de wettige kinderen (voor meer detail en referenties zie noot 9).

De Code Napoléon nam in grote mate het statuut van de gehuwde vrouw, zoals dat reeds bestond tijdens het Ancien Régime, over (zie o.m. art. 213, 214, 1124, 1125, 1388 c.c.). De uitzonderlijke handelingsbekwaamheid van de vrouw die een eigen handel dreef bleef, mits de instemming van haar man, behouden (art. 220 c.c.), maar was, tengevolge van de werking van art. 215 c.c., minder verreikend dan ze tijdens het Ancien Régime in bepaalde gewesten was: om op te treden in een geding behoefde ook de vrouw-handelaar machtiging van haar echtgenoot. Een gemeenschappelijk huwelijksstelsel voor het ganse land werd ingevoerd, gebaseerd op de gemeenschap van roerende goederen, aanwinsten en de vruchten der eigen goederen. Van deze regeling kon echter worden afgeweken bij huwelijkscontract (art. 1387 c.c.) – mits de maritale macht maar niet aan te tasten (art. 1388 c.c.) –, zodat vermogende

lieden uit de onderscheiden gewesten hun traditionele huwelijksstelsels konden aanhouden en met name de zuidelijke gewesten verder de dotaliteit in de praktijk konden brengen. De erfrechtelijke hervormingen van de revolutie bleven gehandhaafd, met de nuance dat het beschikbare deel weer groter werd³¹ en met het grote verschil dat op de gelijkstelling van wettige en natuurlijke kinderen werd teruggekomen. De natuurlijke kinderen werden weerom uit de familie gestoten: zij konden, zoals onder het Ancien Régime, enkel rechten doen gelden jegens hun genitores, maar niet tegenover dier familie. Niet in overspel of bloedschande verwekte natuurlijke kinderen hadden een erfaanspraak jegens hun vader en moeder die overeenkwam met een fractie van wat ze zouden hebben geërfd indien ze wettig geweest waren.³² T.a.v. de andere natuurlijke kinderen mocht geen tweezijdige afstamming worden vastgesteld, zodat zij slechts rechten tegenover één ouder – in de regel de moeder – konden doen gelden (art. 335 c.c.); werd het overspelige of incestueuze karakter van de afstamming toch vastgesteld, dan verloren de kinderen hun erfrechtelijke aanspraken en beschikten enkel over een onderhoudsvordering jegens hun genitores (art. 762 c.c.). Het was de ouders tevens verboden de kinderen te begiftigen boven hun wettelijke deel in de nalatenschap (art. 908 c.c.). Het natuurlijke kind kon zijn aanspraken evenwel vanzelfsprekend slechts doen gelden voor zover de afstammingsrelatie tot zijn genitores vaststond. Dit was verre van een zekerheid, want de afstamming buiten het huwelijk werd in de regel vastgesteld door een erkenning en hoewel de opsporing van het moederschap, in afwezigheid van een erkenning, beperkt mogelijk was (art. 341 c.c.), verbood art. 340 c.c. de opsporing van het vaderschap. Er werd dus teruggekeerd naar het beginsel van het Ancien Régime dat de natuurlijke kinderen geen deel uitmaken van een familie, maar enkel een beroep kunnen doen op degenen die de verantwoordelijkheid

31. Het beschikbare deel bedroeg de helft van de nalatenschap voor een erflater die één kind had, een derde voor wie twee kinderen had, een vierde voor wie drie of meer kinderen had, terwijl dit tijdens de revolutie maar een tiende was voor wie descendenten had en een zesde ingeval men enkel andere bloedverwanten naliet (art. 16 decreet 17 nivôse jaar II (SAGNAC, P., *o.c.*, 227)).

32. In geval er wettige kinderen waren, erfden de natuurlijke kinderen een derde van waarop zij aanspraak zouden hebben kunnen maken indien zij wettig geweest waren; indien er enkel ascendenten of broers en zusters waren bedroeg het breukdeel de helft, indien er enkel andere bloedverwanten waren drie vierden (art. 757 c.c.).

op zich geladen hebben hen ter wereld te brengen, met dit verschil dat het enerzijds moeilijker werd voor een natuurlijk kind om de voorwaarden te vervullen teneinde aanspraken jegens hun genitores te doen gelden (het verbod van vaderschapsopsporing), maar dat er anderzijds, eens de voorwaarden vervuld, een meer uitgebreide – maar nog altijd niet familiale – aanspraak kon worden uitgeoefend (een beperkt erfrecht).

De andere grote familierechtelijke restauratie van de Code vond plaats op het vlak van de echtscheiding. Weliswaar was er geen terugkeer naar het Ancien Régime, want de echtscheiding werd niet afgeschaft en de mogelijkheden tot echtscheiding werden zelfs verruimd in vergelijking met het ontwerp van Portalis c.s. De echtscheiding kon thans worden bekomen op grond van het overspel van de vrouw resp. het onderhoud van bijzit in de echtelijke woning door de man (art. 229 en 230 c.c.), gewelddaden, mishandelingen of grove beledigingen (art. 231 c.c.), de veroordeling van de medeëchtgenoot tot een schandstraf (art. 232 c.c.), alsmede met wederzijdse toestemming (art. 233 c.c.). De voorwaarden (i.h.b. het vereiste van instemming van de ascendenten die ook met het huwelijk zouden hebben moeten instemmen (art. 278 c.c.)), de rechtspleging (vijf verschijningen voor de voorzitter van de rechtbank, in het gezelschap van twee notarissen (art. 281–290 c.c.)) en de gevolgen (verbod te hertrouwen binnen drie jaar volgend op de echtscheiding (art. 297 c.c.), overdracht van de helft van de goederen van de echtgenoten aan hun kinderen (art. 305 c.c.)) van de echtscheiding met wederzijdse toestemming waren evenwel van aard om het gebruik van deze echtscheidingsvorm bijster weinig aantrekkelijk te maken en zelfs vrijwel uit te sluiten voor vermogende lieden met kinderen (aangezien zij door de echtscheiding door onderlinge toestemming van een machtspositie in een afhankelijkheidsrelatie jegens hun kinderen vervielen). Tijdens de Revolutie was het huwelijk, met inachtneming van een termijn van vijf maanden en een zekere rechtspleging, opzegbaar geworden (zoals dat thans het geval is voor alle contracten van onbepaalde duur), in de Code Napoléon blijft hier niets van over: aan het huwelijk valt in beginsel slechts te ontkomen door de zware fout van de medeëchtgenoot te bewijzen; de enige uitzondering *hierop*, de echtscheiding door onderlinge toestemming – die nog geenszins enige opzegbaarheid behelst, maar wel gezien kan worden als een uitdrukking van de gedachte dat het huwelijk een overeenkomst is

– is zodanig gekwalificeerd dat zij enkel voor echtelieden zonder kinderen en met zeer sterke motieven een realistisch alternatief biedt (zoals voor Napoleon, wiens probleem precies was dat hij met zijn eerste echtgenote geen troonopvolger kon produceren).³³

De uitermate gewrongen behandeling van het ganse huwelijkskapittel en in het bijzonder van het echtscheidingsvraagstuk in het *Discours* wordt nu meer begrijpelijk. De gehele regeling van het huwelijk verandert van aard naarmate de echtscheiding toegestaan is of niet en, voorzover zij toegestaan is, naargelang zij slechts onder strikte voorwaarden dan wel naar keuze kan worden verkregen. Het dwingende karakter van de rechten en plichten van de echtgenoten verslapt naarmate het gemakkelijker wordt uit de echt te scheiden; de echtscheiding naar keuze, met een paar kleine kwalificaties gerealiseerd gedurende de Franse Revolutie, doet de rechten en plichten van de echtgenoten, hoezeer ze ook zonder dubbelzinnigheid in de woorden van de wet te lezen zijn, verdwijnen: een behoren, waaraan men kan ontsnappen door te verklaren dat men er niet meer door gebonden is, is geen behoren. In het debat over de echtscheiding wordt het hele debat over de institutionalisering van micro-relaties gekristalliseerd: geconfronteerd met een nabij wetgevingsverleden waarin de beide extreme oplossingen voor het echtscheidingsvraagstuk gepositieerd waren, konden de makers van de code civil al snel tot scherpe meningsverschillen komen. Dit ware enkel te vermijden geweest indien de restauratie volledig was geweest, maar het Napoleontische regime was ingesteld in naam van de Revolutie en de wetgevende vergadering bevatte nog genoeg vertegenwoordigers die hadden meegewerkt aan de radicale echtscheidingswetgeving van de revolutie; bovendien vond deze groep, op dit specifieke punt, tot op zekere hoogte steun bij de Eerste Consul zelf.

Op het vlak van verbintenissen- en zakenrecht lagen de kaarten anders. Reeds lang voor de Franse Revolutie was een contractenrecht ontwikkeld waarin het beginsel van de wilsvrijheid de centrale rol speelde die het ook in de negentiende eeuw, onder de heerschappij van de code civil, zou behouden. In het Romeins-rechtelijke zuiden werd het consensualisme weliswaar gekwalificeerd door het beginsel 'ex nudo pacto actio non nascitur' (de lou-

33. Van de mogelijkheid tot echtscheiding met wederzijdse toestemming werd nauwelijks gebruik gemaakt (GARAUD, M. en SZRAMKIEWICZ, R., *o.c.*, 171).

tere wilsovereenstemming volstaat niet voor een rechtsvordering), maar dit beginsel kon soms worden omzeild, b.v. door een vordering wegens vermogensverschuiving zonder oorzaak.³⁴ Veel praktisch belang had deze particulariteit van het 'geschreven recht' overigens niet: het bewijs van een overeenkomst moest alleszins, ook in gewesten waar het costumiere recht van toepassing was, door een geschrift geleverd worden.³⁵ De Franse Revolutie raakte niet aan de beginselen van het contractenrecht. Het verbintenissenrecht van de Code Napoléon kwam in grote mate neer op een codificatie van de werken van de klassieke rechtsgeleerden Pothier en Domat.³⁶ Het consensualisme werd geprefereerd boven de Romeins-rechtelijke oplossing, maar door de regel dat het bewijs van een overeenkomst door geschriften moest worden geleverd en door de niet-tegenstelbaarheid aan derden van niet bij authentieke akte verleden overdrachten van onroerende goederen werden met het Romeinse recht vergelijkbare zekerheden in het contractuele verkeer ingebouwd.

De Revolutie maakte wel een verschil t.a.v. het zakenrecht en vergrootte derwijze onrechtstreeks de contractuele vrijheid, namelijk door met het zakelijke statuut verbonden hinderpalen voor de vervreemding van goederen weg te nemen. Hoewel de feodale verhoudingen (in de strikte zin) al sedert eeuwen niet meer bestonden, hoewel de lijfeigenschap in de meeste streken van Frankrijk afgeschaft was en hoewel de door de landbouwers aan de heer verschuldigde prestaties, die vroeger in natura moesten worden geleverd, sedert lang in belangrijke mate omgezet waren in geldbetalingen,³⁷

34. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, I, 29-32 en 97-107.

35. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, I, 107.

36. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, I, 101.

37. Men stelle zich deze veranderingen niet voor als plotselinge breuken. Zij vonden plaats over verscheidene eeuwen, op een regionaal ongelijktijdige wijze, met plotselinge versnellingen, maar ook met 'feodale reacties' (zoals nog in de laatste decennia voor de Franse Revolutie: BRAUDEL, F., *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe - XVIIIe siècles*, II, *Les jeux de l'échange*, Parijs, Colin, 1979, 256-258; SOBOUL, A., *De Franse Revolutie*, I, 1789-1793, Amsterdam, Van Gennep, 1979, 24-28 en 48-50), ter gelegenheid waarvan tijdelijk werd teruggегреpen naar vormen van lijfeigenschap en van persoonlijke herendiensten en leveringen in natura. (Algemene bronnen: ANDERSON, P., *o.c.*, BLOCH, M., *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, Parijs, Colin, 1964; BRAUDEL, F., *o.c.*, 224-229; WALLERSTEIN, I., *The Modern World-System*, I, *Capitalist Agriculture and the Origins of the European World Economy in the Sixteenth Century*, Londen, Academic Press, 1974, 108-114).

kende het Ancien Régime nog een indrukwekkende waslijst van feodale rechten, variërend van streek tot streek, die, ofschoon deels louter symbolisch geworden, deels de landbouwers belastten en de vervreemdbaarheid der gronden inperkten. Op gronden waarvan het *dominium directum* aan een heer toekwam, rustte een soms louter symbolische, maar soms zeer reële cijns. De Kerk had het recht op de 'tiend', een fractie van de voortbrengselen van de grond en kudden – een belasting die rustte op alle gronden (met uitzondering van die van de Kerk zelf) en die niet noodzakelijk in natura moest worden voldaan.³⁸ Waren sommige van deze lasten reeds van aard om de aanschaf van een onroerend goed minder aantrekkelijk te maken, dan werd de vervreemding van onroerende goederen nog verder gecompliceerd door de mogelijkheid van 'terugkeer' of 'terugtrekking' van het goed. Een goed waarvan de titel van feodale oorsprong was kon door de meester van het '*dominium indirectum*' niet zonder meer vervreemd worden; de titularis van het '*dominium directum*' had, in geval van een verkoop, het recht zichzelf in de plaats te stellen van de verwerver; oefende hij dit recht pas uit na de overdracht van het goed aan de koper, dan was hij niet gehouden eventuele zakelijke rechten door deze koper op het goed gevestigd (b.v. een contractuele erfdienstbaarheid) te eerbiedigen; stemde hij daarentegen in met de transactie, dan had hij recht op de betaling van een geldsom in proportie tot de verkoopprijs (gewoonlijk een vijfde).³⁹ Een vergelijkbare constructie was te vinden in het recht van '*retrait lignager*', dat niet alleen op de feodale, maar op alle onroerende goederen woog: een potentieel erfgerechtigde verwant van de verkoper kon zich in de plaats van de koper stellen.⁴⁰ Deze rechtsfiguren hadden tot gevolg dat de verkrijgers van onroerende goederen, tenzij zij ervoor gezorgd hadden de instemming van de titularis van het '*dominium directum*' en van de potentieel erfgerechtigde verwanten van de verkoper met de eigendomsoverdragende overeenkomst te verwerven, gedurende lange tijd – namelijk zolang de vorderingen van de titularissen van '*retrait féodal*' en/of '*retrait lignager*' niet verjaard waren – in onzekerheid te laten, dus de mogelijkheid van een rationele economische planning sterk te reduceren.

38. SOBOUL, A., *o.c.*, 28–29.

39. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, II, 142–143 en 148–149.

40. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, II, 403–416.

De feodale rechten en de 'retrait lignager' werden afgeschaft door de Revolutie. Het decreet van 15–28 maart 1790 schafte de feodale rechten in beginsel af, maar liet ze in de praktijk nog grotendeels bestaan. Rechten die de tegenprestatie vormden voor de vroegere overdracht van een grond (de meeste feodale rechten) werden immers niet zonder meer afgeschaft, maar alleen afkoopbaar gesteld, en dat enkel op voorwaarde dat de koper niet alleen de prijs van het recht, maar vooraf ook alle achterstallige cijns betaalde. De feitelijke afschaffing van de feodale rechten kwam slechts tot stand door de decreten van 18 juni – 6 juli 1792 en 25–28 augustus 1792, die de bewijslast voor de oorspronkelijke aanwezigheid van een overdracht van grond op de titularissen der feodale rechten legden – een bijna niet te vervullen bewijslast, omdat deze overdracht, indien ze al plaatsgevonden had, gewoonlijk verscheidene eeuwen oud was –, en door de wet van 17 juli 1793, die de feodale rechten zonder meer afschafte. Deze wetgevende akten lieten op gronden wegende lasten van niet-feodale oorsprong onverlet. Aangezien de oorsprong der lasten echter zeer moeilijk te achterhalen was, kon het toepassingsgebied van de afschaffing der feodale rechten door middel van verschillende kwalificaties der feitelijke toestanden sterk uitgebreid dan wel ingeperkt worden. Gedurende de Revolutie bestond de neiging zoveel mogelijk feitelijke toestanden waarin cijns moest worden betaald als van feodale oorsprong te beoordelen.⁴¹

Onder het regime van de code civil bleven de feodale rechten afgeschaft. Er kwam echter verandering in de kwalificatie der feitelijke toestanden, waardoor vele cijnsverplichtingen die tijdens de Revolutie niet meer dienden te worden nageleefd opnieuw werden ingesteld.⁴² Bovendien bleven de contracten van zeer lange duur, waarbij de ene partij een grond ter beschikking stelde van de andere partij tegen betaling van cijns en die bij de revolutionairen een weinig gunstige faam hadden, mogelijk dankzij de wet op de erfpacht, die werd ingevoerd na de code civil.

De Revolutie speelde een belangrijke rol in de aanpassing van het vermogensrecht. De overgang van een feodale structuur van

41. JAURES, J., *Histoire socialiste de la Révolution française*, VI, *Le Gouvernement révolutionnaire*, Parijs, Messidor, 1986, 204–206; OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, II, 158–168; SAGNAC, P., *o.c.*, 85–153.

42. OURLIAC, P. en DE MALAFOSSE, J., *o.c.*, II, 164–166.

zakelijke rechten, die een versplintering van de aanwendingsbevoegdheden t.a.v. een goed inhield, naar een 'absoluut' eigendomsrecht, dat deze bevoegdheden in beginsel in dezelfde hand concentreerde, een overgang die gedurende het Ancien Régime eeuwen in beslag had genomen, werd door de Revolutie met grote spoed voltrokken. Daardoor werd een faciliterende voorwaarde gecreëerd voor de verdere ontwikkeling der ruilverhoudingen en der kapitalistische economie.

De ontwikkeling van het vermogensrecht verschilde in twee opzichten van de ontwikkeling van het familierecht. Op de eerste plaats lagen de veranderingen van het vermogensrecht gedurende de Revolutie in het verlengde van een langdurig proces: zij zetten een ingezette tendens door en verschilden slechts door hun snelheid van de ontwikkelingen in het Ancien Régime.⁴³ Dit staat in scherpe tegenstelling tot de ontwikkelingen in het familierecht: in het recht van het Ancien Régime viel geen enkel teken te bespeuren dat kon wijzen op een spoedige en verregaande desinstitutionalisering van het huwelijk of op het opentrekken van de familie. Op de tweede plaats werden de revolutionaire hervormingen van het vermogensrecht in belangrijke mate gehandhaafd in het postrevolutionaire recht. Een vlotte bespreking van eigendom en contract in het *Discours* en in de voorbereidende werken van de Code Napoléon werd verder bevorderd door de erfpacht en de 'pacht tegen grondrente' buiten het ontwerp van wetboek te houden. Portalis c.s. geven als grond hiervoor dat een wettelijke regeling van deze materies zeer ingewikkeld zou zijn (516), maar dit argument is weinig overtuigend: ook de regelingen van b.v. de afwezigheid of het secundaire huwelijksvermogensrecht in de code civil zijn technisch en gecompliceerd. Een regeling wordt des te ingewikkelder naarmate er meer compromissen moeten worden gesloten; er zijn geen intrinsiek complexe materies, alleen complexe belangenverhoudingen. De ware reden voor de weglating van deze rechtsfiguren uit de code civil dient dan ook veeleer te worden gezocht in de vrees dat in de wetgevende vergadering, die nog ten dele uit oude revolutionairen bestond, felle debatten zouden oplaaien aan-

43. In het contractenrecht was deze ontwikkeling overigens al voltrokken voor de Revolutie en er heeft dan ook noch tijdens, noch na de Revolutie een noemenswaardige verandering van het contractenrecht plaatsgevonden.

gaande een materie die tijdens de Revolutie in het brandpunt van de belangstelling had gestaan.⁴⁴

Er rest mij nog te proberen de tegenstelling familierecht-vermogensrecht uit te leggen op een dieper, structureel niveau. In een notedop komt deze uitleg hierop neer: de revolutionaire hervormingen van het vermogensrecht waren economisch functioneel, die van het familierecht waren economisch en geslachtspolitiek dysfunctioneel; tegen de achtergrond van de ideeën van de Franse Revolutie was het echter niet zo eenvoudig de radicale restauratie van het familierecht te rechtvaardigen; vandaar de gewrongen behandeling van het familierecht in het *Discours*.

De waarde van functionalistische theorieën ter verklaring van sociale ontwikkelingen is voorwerp geweest van discussies waar met scherp geschoten werd.⁴⁵ Functionalistische verklaringsmodellen vertonen gevaren waardoor alternatieve wijzen van verklaring minder geplaagd worden. Op de eerste plaats is het mogelijk aan vrijwel alle bestaande sociale arrangementen functies toe te schrijven. Verklaring van deze arrangementen uit deze functies is betekenisloos, tenzij men kan aangeven *waarom de ingeroepen functie nu net door deze sociale regeling en niet door een denkbare alternatieve regeling moet worden vervuld*. Op de tweede plaats moet kunnen worden aangegeven *hoe* (en onder welke voorwaarden) het functionele (i.p.v. het dysfunctionele) in het leven geroepen en in stand gehouden wordt. Een functionalistische verklaring kan, in afwezigheid

44. SAGNAC, P., *o.c.*, 57-243 en 330-354.

45. BECKER, U., 'From Social Scientific Functionalism to Open Functional Logic', *Theory and Society*, 865-883; BERGER, J. en OFFE, C., 'Functionalism vs. Rational Choice? Some Questions Concerning the Rationality of Choosing One or the Other', *Theory and Society*, 1982, 521-526; COHEN, G., *Karl Marx's Theory of History. A Defence*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 249-296; COHEN, G., 'Reply to Elster on 'Marxism, Functionalism and Game Theory'', *Theory and Society*, 1982, 483-495; ELSTER, J., 'Marxism, Functionalism, and Game Theory: The Case for Methodological Individualism', *Theory and Society*, 1982, 453-482; ELSTER, J., *Making Sense of Marx*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, 27-37; GIDDENS, A., 'Commentary on the Debate', *Theory and Society*, 1982, 527-539; ROEMER, J., 'Methodological Individualism and Deductive Marxism', *Theory and Society*, 1982, 513-520; VAN PARIJS, P., *Evolutionary Explanation in the Social Sciences. An Emerging Paradigm*, Londen, Tavistock, 1981, 255 p.; VAN PARIJS, P., 'Functionalist Marxism Rehabilitated: A Comment on Elster', *Theory and Society*, 1982, 497-511; VAN PARIJS, P., *Le modèle économique et ses rivaux. Introduction à la pratique de l'épistémologie des sciences sociales*, Genève, Droz, 1990, 121-162.

van een specificering van het mechanisme van (re)productie van het functionele, nog wel juist zijn, maar zij is dan tevens zeer onvolledig en dus weinig competitief met verklaringsschema's die een beter idee geven van het mechanisme van sociale verklaring.

Waarom dan toch grijpen naar een verklaring van rechtsfenomenen in termen van sociale functionaliteit? Een verklaring van rechtsnormen en -instituten in termen van hun functies maakt samenhangen inzichtelijk tussen de organisatievormen van de verschillende 'sferen' van het menselijk samenleven en tussen sociale structuren en de noden van menselijk overleven en samenleven. In dit opzicht hebben functionalistische verklaringsschema's een voorsprong op hun belangrijkste rivalen, de (sociale) keuzemodellen,⁴⁶ die bij de verklaring van gedrag steeds moeten uitgaan van een (veelal impliciet veronderstelde) institutionele context en dus, bij de verklaring van sociale (juridische) instituten, op grenzen stuiten.⁴⁷ Bovendien kan het gevaar van een betekenisloos panfunctionalisme ondervangen worden zonder dat het nodig is bij elke functietoeschrijving aan een sociale regeling de volstrekte *noodzaak* van het bestaan van *deze* regeling voor de vervulling van *deze* functie aan te tonen. Functieveranderingen komen gewoonlijk geleidelijk tot stand en de sociale actoren die dragers zijn der functieveranderingen maken, bij het nastreven van hun belangen, gebruik van de voorhanden zijnde sociale (juridische) instituties. Zou het dus al denkbaar zijn dat een gegeven functie, gegeven de algemene contouren van een maatschappelijke context, door diverse sociale arrangementen vervuld kan worden – zodat de functie geen voldoende verklaring van het sociale arrangement kan bieden –, dan biedt de geschiedenis de verklaring voor de selectie van de weerhouden sociale regeling uit de groep der denkbare functievervullers: de

46. In (sociale) keuzemodellen worden gedrag en sociale feiten verklaard uit de *acties* van individuen die hun belangen – hoe ook omschreven – nastreven. Voor theoretische grondslagen en toepassingen zie o.m. ELSTER, J., *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, 193 p.; ELSTER, J., *Explaining Technical Change. A Case Study in the Philosophy of Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, 273 p.; ; ELSTER, J., *Making Sense of Marx*, Cambridge University Press, 1985, 573 p.; *Foundations of Social Choice Theory*, ELSTER, J. en HYLLEBERG, A. (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 250 p.; SEN, A., *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982, 460 p.

47. WELDES, J., 'Marxism and Methodological Individualism: a Critique', *Theory and Society*, 1989, (353), 373–375; WILLEKENS, H., *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Theoretische verkenningen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 93–84.

sociale actoren grijpen aan wat beschikbaar is en komen slechts tot innovatie wanneer de belemmeringen voor de functionele transformatie van bestaande instituten te groot zijn. De panfunctionalistische drogreden kan worden vermeden door de verbinding van een functionalistisch denkkader met een historische analyse.

Hoe nu, aan de hand van deze combinatie, verklaren waarom enerzijds het familierecht van het Ancien Régime in sterke mate gerestaureerd is, anderzijds de regeling van contract en eigendom een grotere continuïteit vertoonde?

De (gedurende de Revolutie ingevoerde) opzegbaarheid van het huwelijk ontnemt, zoals hoger aangestipt, aan het huwelijk zijn betekenis en heeft derhalve tot gevolg dat het huwelijk zijn functies niet meer kan vervullen en dat de in het huwelijk neergelegde institutionele bevestiging van de machtsverhoudingen tussen mannen en vrouwen ondermijnd wordt. Wat waren nu die functies van het huwelijk in het napoleontische Frankrijk? Men dient voor ogen te houden dat het huwelijksrecht, hoewel formeel op alle burgers van toepassing, in feite geconcipieerd was voor de vermogenden.⁴⁸ Het huwelijk stond individuen uit vermogende groepen toe hun vermogen bij elkaar te brengen voor een agrarische of commerciële onderneming. Het stond eveneens toe te zorgen voor de voortzetting van een familiale groep door de volgende generatie. De voortzetting van de familie was wat anders dan alleen maar de produktie van nieuwe individuen; het was de voortzetting van een groep met bepaalde *vermogens*belangen. Deze belangen werden gediend door het aangaan van allianties met andere verwante groepen; zulke allianties dienden b.v. om het wederzijds vertrouwen van zakenpartners te bevestigen of de middelen samen te brengen voor het continueren of expanderen van agrarische of commerciële exploitaties. Welk beter middel bestond er om zulke allianties te smeden dan de persoonlijke en onverbreekelijke vereniging van een man en een vrouw uit de respectievelijke families, die kinderen zouden voortbrengen die vervolgens van beide families deel zouden uitmaken en in beide families belangen zouden hebben? De realisatie van de economische belangen van de families en de duurzaamheid van de allianties tussen verwantengroepen konden niet worden overgelaten aan de onvoorspelbare emotionele beslissingen van individuen;

48. WILLEKENS, H., *o.c.*, 375–381.

op dat drijfzand kon het vertrouwen, nodig voor het voeren van economische strategieën op lange termijn, niet worden gebouwd.⁴⁹

De opzegbaarheid van het huwelijk zette ook de geslachtelijke hiërarchie in de huwelijksrelatie op de helling: de vrouw die zonder meer een einde kon maken aan een associatie waarin zij formeel onder de macht van de man stond – en dus ook haar economische inbreng in deze associatie kon terugnemen – stond *niet meer* onder de maritale macht; haar mogelijkheid aan het huwelijk een einde te maken – en daarmee, door de terugtrekking van haar economische participatie, haar echtgenoot een zware economische slag toe te brengen – verleende haar ook *binnen het huwelijk* een onderhandelingspositie die haar toeliet de beslissingen van de man te sturen.

De opzegbaarheid van het huwelijk was dan ook niet te verenigen met de belangen van de vermogende klassen. Daartoe was een strakke echtscheidingsregeling vereist. De echtscheidingsregeling van de code civil voldeed aan deze voorwaarde, ook al aanvaardde de code civil de echtscheiding door onderlinge toestemming. De echtscheiding door onderlinge toestemming was immers alleen voor personen zonder kinderen een aanvaardbare oplossing; zij stond praktisch gesproken dus enkel open voor huwelijken die een van hun belangrijkste functies (de voortzetting van de familie) nog niet gerealiseerd hadden. Bovendien kon de echtscheiding met wederzijdse toestemming slechts bekomen worden mits de instemming van de ascendenten te verkrijgen; aldus beschikte de familie over een middel om de economisch irrationele verbreking van de huwelijksband te beletten.

De wijziging van het statuut van de natuurlijke kinderen laat zich zonder problemen in hetzelfde verklaringsschema inpassen. Door haar juridische (het vereiste van ouderlijke instemming met het huwelijk van de kinderen, voor de zoon zelfs nog na het bereiken van de meerderjarigheid (art. 148 c.c.)) en economische (de

49. Historische bronnen: ANDERSON, M., *Approaches to the History of the Western Family 1500–1914*, Londen, MacMillan, 1980, 65–68; BURGUIERE, A. en LEBRUN, F., 'Les cent et une familles de l'Europe', in *Histoire de la famille*, II, *Le choc des modernités*, BURGUIERE, A., KLAPISCH-ZUBER, C., SEGALIN, M. en ZONABEND, F. (eds.), Parijs, Colin, 1986, (17), 59–81. Inspiraties: BOURDIEU, P., 'Les stratégies matrimoniales dans le système de reproduction', *Annales E.S.C.*, 1972, 1105–1125; GOODY, J., 'Introduction', in *Family and Inheritance. Rural Society in Western Europe 1200–1800*, GOODY, J., THIRSK, J. en THOMPSON, E. (eds.), Cambridge University Press, 1978, 1–8.

mogelijkheid van begiftiging van de nieuwe echtgenoten middels een bruidsschat of een schenking) controle over het huwelijk kon de familie in belangrijke mate de oorsprong van nieuwe leden van de familie en het tijdstip van hun verschijnen bepalen. Dit was van belang voor het aangaan en bevestigen van de reeds hoger genoemde economische allianties en in het kader van strategieën van familiale planning met betrekking tot de overname van landbouwexploitaties door de toekomstige generaties en tot toekomstige overdracht, eventueel verdeling van het erfgoed. De effectiviteit van deze familiale strategieën zou echter ondermijnd worden, indien kinderen ook buiten de hypothese van huwelijk toegang kregen tot de familie. In dat geval konden de controles op het aangaan van het huwelijk hun functie niet meer vervullen. Daarom dienden de natuurlijke kinderen uit de familie gesloten te worden.

De economische belangen van de vermogenden – de feitelijk door de normen van het familierecht aangesprokenen – conflicteerden dus met de regeling van de echtscheiding en van het statuut van de natuurlijke kinderen ontwikkeld in de Revolutie. Dit was het geval ongeacht de bron of de aard van de vermogens: zowel bij het voeren van agrarische als bij het voeren van commerciële of industriële ondernemingen, zowel voor kleine als voor grotere vermogens, waren de intrafamiliale solidariteit en de allianties tussen families van belang in een tijd waarin de vennootschapsvorm nog niet zeer verbreid was. Evenzo was de revolutionaire echtscheidingswetgeving, door haar onrechtstreekse ondermijning van de maritale macht, strijdig met de belangen der mannen. Voorzover deze belangen in de politieke besluitvorming tot uitdrukking konden komen – en dat was allerm minst een probleem, want bij de totstandkoming van het burgerlijk wetboek waren vrijwel alleen mannelijke vertegenwoordigers van de burgerij betrokken –, kon worden verwacht dat de met deze belangen strijdende wetgeving zou worden hervormd.

Hiermee is nog niet gezegd dat elk detail van de regeling van de echtscheiding en van het statuut van de natuurlijke kinderen uit de economische belangen van de vermogende klassen verklaard kan worden. Ook een regeling die elke ontbinding van het huwelijk tijdens het leven van de echtgenoten uitsloot, zou deze belangen gediend hebben (zoals moge blijken uit de vaststelling dat de echtscheiding in Frankrijk in 1816 afgeschaft werd en pas in 1884 weer

ingesteld werd⁵⁰). Zij zou geen noemenswaardig van de regeling van 1804 afwijkende effecten gehad hebben. De wetgeving van 1804 liet de echtscheiding de facto vrijwel alleen toe op grond van het overspel van de vrouw, dus i.g.v. de vrouw zich gedragen had op een wijze die het risico met zich bracht een 'vreemd' kind in de familie te brengen (de ontkenning van het vaderschap was immers slechts in uitzonderlijke, zelden gerealiseerde omstandigheden – de fysieke onmogelijkheid van geslachtsgemeenschap tussen de echtgenoten t.g.v. fysieke verwijdering of van een ongeval, of het overspel van de vrouw in combinatie met de verberging van de geboorte (art. 312 en 313 c.c.) – mogelijk, dus geenszins in alle gevallen waarin aangetoond kon worden dat de echtgenoot het kind niet verwekt had). Zoals gezien was de echtscheiding met wederzijdse toestemming voor vermogenden zeer bezwaarlijk; de echtscheiding op grond van veroordeling tot een schandstraf kwam nauwelijks voor, omdat deze straffen ook nauwelijks op de begoeden toegepast werden; de echtscheidingsgrond 'gewelddaden, mishandelingen of grove beledigingen' werd zeer restrictief geïnterpreteerd; en waarom zou de vermogende man zijn maîtresse in de echtelijke woning brengen, wanneer hij haar ook elders en heel wat discreter kon onderhouden?

Ook het statuut van de natuurlijke kinderen had anders kunnen geregeld zijn zonder aan functionaliteit voor de vermogende klassen in te boeten. Zo had men b.v. de natuurlijke kinderen een onderhoudsvordering kunnen toekennen i.p.v. een tweedehandserfrecht. I.h.b. voor zeer vermogende families zou dit zijn neergekomen op een meer effectieve reductie van de familiale aanspraken van de natuurlijke kinderen. De regeling van 1804 was tot op zekere hoogte een compromis tussen de macht van de familie(vader)s en Revolutionaire billijkheidsoverwegingen. Doordat het ontstaan van de tweedehandsfamiliebanden tussen natuurlijke ouders en kinderen echter afhankelijk was van de erkenning van het kind door zijn genitoren, behielden de leden van een familie evenwel een wapen tegen haar ongewenste penetratie door buiten echt geboren kinderen.

Om dezelfde belangen te dienen kwamen meerdere rechtsregelingen in aanmerking. De keuze van een specifieke rechtsregel was

50. CARBONNIER, J., *Droit civil*, 1, *Introduction à l'étude du droit et droit des personnes*, Parijs, P.U.F., 1962, 402.

een gevolg van historische en politieke contingenties. De marge waarbinnen zo'n keuze kon worden gemaakt, lag, gegeven de economische verhoudingen, de familiestructuren en het politieke systeem, echter structureel vast. Regels – zoals tijdens de hoogdagen van de Franse Revolutie geconcipieerd – die deze marge te buiten gingen, was noodzakelijkerwijze een kort leven beschoren.

Waarom ontstond over de regeling van eigendom en contract in (het ontwerp van) de code civil vergelijkenderwijze zo weinig beroering? Wij hebben vastgesteld dat de Code weinig of niets veranderd heeft aan het contracten- en eigendomsrecht van de intermediaire periode; voorzover een zekere juridische restauratie heeft plaatsgevonden, werd zij buiten de Code gehouden en verbannen naar bijzondere wetgeving. Bij voorstellen tot geringe verandering was geen felle strijd te verwachten, tenzij het revolutionaire recht zelf door sommigen in vraag zou worden gesteld. Waarom zou dat echter gebeurd zijn? Het recht van de revolutionaire periode en dat van de code civil vertoonden een aanzienlijke continuïteit met de regeling van i.h.b. het contractenrecht in het Ancien Régime. De opheffing van de feodale rechtsstructuren – die wel een fundamentele breuk beduidde – lag in de lijn van de aan gang zijnde ontwikkeling van de produktie- en ruilverhoudingen en was zelfs tot op zekere hoogte niet meer dan een legalisering van praktijken contra legem die zich aan het einde van het Ancien Régime openbaarden (kerkelijke goederen werden verkocht, al waren zij onvervreemdbaar, feodale goederen werden verkocht zonder dat gelegenheid werd gegeven tot uitoefening van 'le retrait féodal'). Door de afschaffing van de feodale rechten op gronden werd het tezelfdertijd mogelijk gemaakt landbouwexploitaties, die voorheen belast waren met feodale rechten, op een meer rendabele wijze te drijven (er vond een inkomenstransfer plaats naar exploitanten waarvan kon worden aangenomen dat zij het aldus verworven inkomen voor produktieve investering in hun exploitaties zouden gebruiken) en de gronden beschikbaar te maken voor verwervers die ze wilden aanwenden voor industriële produktie dan wel voor een agrarische produktie op kapitalistische leest (d.i. door de aanwending van op de markt gekochte arbeidskracht) en op een hoog technologisch niveau. De feodale rechten vormden een last die de ontplooiing van kapitalistische activiteiten waarvoor gronden nodig waren minder aantrekkelijk maakten in vergelijking tot andere kapitalistische activiteiten; het bestaan van 'retraits' vormde een be-

dreiging voor de lange-termijn-planning waarmee de ontwikkeling van industriële produktie en de structuurverandering van de landbouwproduktie gepaard gaan.⁵¹ De belangen van traditionele exploitanten en van naar expansie strevende kapitalisten vielen in de afschaffing van de feodale rechten samen. Er waren vanzelfsprekend belangen die geschaad waren door de afschaffing van de feodale rechten, maar de dragers van deze belangen waren, voorzover niet geëlimineerd, in het begin van de negentiende eeuw niet in de positie om hun belangen te laten doorwegen bij de vorming van (nieuwe) wetgeving. De druk, die nodig geweest zou zijn voor een restauratie van het feodale zakenrecht, kon dus bij de voorbereiding van de Napoleontische codificatie niet worden opgebracht.

51. Weliswaar heeft Frankrijk in de periode na de Revolutie geen snelle industrialisering of invoering van kapitalistische structuren in de landbouw gekend; integendeel werd op het Franse platteland koppig vastgehouden aan traditionele gemeenschappelijke rechten t.a.v. sommige toepassingsmogelijkheden van gronden (b.v. het grazen van vee), die kapitaalsconcentratie en een kapitalistisch beheer van de gronden in de weg stonden. Het contrast met Engeland is opmerkelijk. (Zie HOBBSAWM, E., *Echoes of the Marseillaise. Two Centuries Look Back on the French Revolution*, Londen, Verso, 1990, 94; SECCOMBE, W., *A Millennium of Family Change. Feudalism to Capitalism in Northwestern Europe*, Londen, Verso, 1992, 253). Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat het Franse vermogensrecht niet bevorderlijk zou geweest zijn voor de kapitalistische ontwikkeling of geen uitdrukking van de belangen van de burgerij zou geweest zijn. Het vermogensrecht kan faciliterend (of belemmerend) werken voor de ontwikkeling van sociale structuren, maar het is zelf geen dynamische kracht die structuren stuwt.

F. Tanghe

Belang en passie in de rechtsvisie van Portalis

Volgens een traditionele, stereotiepe visie van marxistischen hui-ze is de Code Civil niets anders dan de consecratie van de belangen van een triomferende bourgeoisieklasse. Hiertegen is, vaak met goede argumenten, ingebracht dat die visie op een reductionistische en naïeve lezing steunt. Die kritiek treft niet enkel karikaturale versies van het marxisme die achter alles een complot van de heersende klasse ontwaren. Immers, wie in de totstandkoming van de Code Civil de consecratie van bourgeoisbelangen wil zien, vooronderstelt noodgedwongen een klasse-subject dat niet enkel in een verhouding van transparantie tot zichzelf zijn ware belangen onderkent maar bovendien over de kennis beschikt van de meest adequate en betrouwbare middelen om die belangen door te drukken. De bevinding dat bepaalde zaken achteraf gezien blijkbaar een bepaalde klasse begunstigd hebben is duidelijk van een ander niveau en kan niet terugvallen op de belangen nastreving door een klasse-subject die voor een marxistische anatemisering van de Code Civil vereist is. Men kan die kritiek nog op een andere wijze formuleren: is de marxistische stelling juist dan moet blijken dat de 'ideologen' van de Code Civil in *het – passionele impulsen onderdrukkende – eigenbelang* de motor ontwaren van een spontane (en dus apolitieke) zelfregulatie van de sociale verhoudingen. M.a.w. *eens de natuurlijke orde van de marktwetten ingesteld* kan de maatschappelijke machine vanzelf functioneren, hoeft ze niet langer politiek geleid te worden vanuit een top of centrum en het (onveranderlijk) recht zal dan hoogstens een beschermende rol vervullen ten aanzien van die natuurlijke orde.

Met de al of niet aanwijsbaarheid van een dergelijke visie staat of valt de 'klasselectuur' van de Code Civil. Immers, consequent doorgedacht impliceert die visie een utopisch liberalisme dat actieve tussenkomsten van de wetgever uitsluit: zijn uitwendigheid ten aanzien van de samenleving wordt overbodig, want die wordt nu beheerst door een wet zonder wetgever; door hun lot toe te vertrouwen aan de onzichtbare hand van de markt bevrijden de individuen zich van de zichtbare hand van de Staat, want doordat

ze hun gedrag door eigenbelang laten dicteren realiseren ze vanzelf, zonder het te willen en zonder het te weten, het belang van allen of het algemeen belang.¹ In wat nu volgt zal ik proberen aan te tonen dat van een dergelijke visie bij iemand als Portalis, die dan toch de belangrijkste inspirator was van die Code Civil, weinig te bespeuren valt (hetgeen, mutatis mutandis, trouwens ook aantoonbaar is wat zijn naaste medewerkers betreft).

Meteen moet bovendien worden benadrukt dat eigenbelang aanvankelijk, in de evolutie van het denken over de maatschappij, nog geen evident apolitieke betekenis heeft: volgens Hirschman kadert het in uitgesproken politieke theorieën die er een instrument in zien van een bepaalde regeerkunst, een aangrijpingspunt om die kunst te perfectioneren.² Een onderscheidend kenmerk van die theorieën vanaf de Renaissance is dat ze niet langer heil verwachten van religieuze voorschriften of moraliserende recepten voor het onschadelijk maken van destructieve passies. Men gelooft niet meer dat morele aansporing of dreiging met de straffen van de hel doeltreffende middelen zijn om menselijk gedrag te richten. In dit perspectief lijken de vanuit politiek oogpunt problematische effecten van de passies op tweeërlei wijze geneutraliseerd te kunnen worden (afgezien van pleidooien voor een louter repressieve aanpak, die al even weinig overtuigend zijn: immers, waarom zouden regeerders minder onderhevig zijn aan die passies dan anderen?). Ofwel kan men proberen ze wederzijds te verzwakken door ze tegen elkaar uit te spelen, ze in toom te houden dus door een soort 'divide et impera'-strategie; ofwel kan men, op basis van een discriminatie tussen relatief onschuldige en destructieve passies, inspelen op de eerste om ze tot een tegenwicht te maken voor de tweede. Die laatste strategie steunt zich op wat Hirschmann het principe van de *compenserende passie* noemt. Kadert dit principe aanvankelijk (17de eeuw) in een uitgesproken pessimistische visie op de menselijke natuur, in de loop van de 18de eeuw stelt men een progressieve rehabilitatie vast van die natuur: de nuttige passies, die een tegenwicht moeten vormen voor de destructieve, worden hierbij

1. Over het utopisch liberalisme, zie: F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Brussel-Firenze, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis – Istituto universitario europeo, 1989, blz. 11-13.

2. A.O. HIRSCHMAN, *The passions and the interests, Political arguments for capitalism before its triumph*, Princeton University Press, 1977. De volgende lijnen zijn een résumé van het verloop van deze auteur.

onder de gemeenschappelijke noemer van het 'belang' gebracht. Dit resulteert uiteindelijk in een oppositie van belang en passie: het eerste belichaamt de passie in haar positiviteit die geacht wordt een temmende rol te vervullen ten aanzien van andere, wilde en ongebreidelde passies; de weldoende effecten van door berekening gedicteerd gedrag staan tegenover de ravages ontketend door het grillig nomadisme van blinde impulsen. Met dien verstande dat belang hier eigenlijk synoniem wordt met economisch voordeel: m.a.w. wat totdantoe negatief geëvalueerd werd aan de hand van termen als 'cupiditas' en 'avaritia', wordt nu geprezen als tegenwicht voor andere, nefaste passies als machtsdrang, ambitie, vleselijke begeerte e.d. In de geschiedenis van het denken over de maatschappij ontpopt het belang zich zodoende als een derde categorie naast die van de rede en die van de passies. Wil men, eens de onmacht van de rede ten aanzien van het destructieve der passies ingezien, een sombere kijk op de toekomst van de mensheid vermijden, dan vormt een beroep op die 'intermediaire' categorie de enige uitweg. En inderdaad, de verklaring in termen van belang opent hoopvolle perspectieven: het is niet enkel een hybride categorie die beide andere in zich verenigt, bovendien zuivert ze die van hun negatieve aspecten; ze levert een synthese op van het beste in de twee: de passie van de eigenliefde neemt er een veredelde vorm aan daar ze geleid wordt door de rede, terwijl deze laatste, voortaan bezielde door de eigenliefde, effectief greep verwerft op het handelen; zowel de funeste uitwerking van de passies als de onmacht van de rede worden zodoende omzeild.

Geïnteresseerd gedrag verschilt het duidelijkst van de passies en hun aleatoire effecten door zijn voorspelbaarheid. Dit wordt ook als het belangrijkste pluspunt ervan gezien. Immers, laat de wetgever de natuur op zijn beloop, m.a.w. laat hij de vrije teugel aan belangennastreving, dan wordt zijn actieve tussenkomst overbodig in dezelfde mate als het gedrag van de burgers voorspelbaar wordt. Inderdaad, belang is niet enkel een universeel en boventijdelijk motief van menselijk handelen, het veronderstelt reflexie, beredeneerdheid, een methodische ingesteldheid en elimineert aldus onzekerheid, of reduceert die althans in sterke mate. Het vrije spel van de individuele belangen wordt dan voordelig voor het maatschappelijk geheel. In de optiek van het utopisch liberalisme worden de verschillende passies tenslotte volledig geabsorbeerd door dat vrije spel van de belangen: ze kunnen immers het best verzadigd

worden in en door het nastreven van een bepaalde passie, die van het materiële welzijn; en dat maakt uiteindelijk een politieke heerschappij over de passies en een intomen ervan van overheidswege overbodig.

1. *Geen eenduidige oppositie van belang en passies*

Of Portalis in dit 'economistisch' perspectief redeneert is echter zeer de vraag. Het feit dat hij belangen en passies meer dan eens in één adem vernoemt zou wel eens een eerste symptoom hiervan kunnen zijn. Zeker, dit impliceert nog niet dat hij ze zonder meer over dezelfde kam scheert. Ze zijn niettemin verwant in hun mogelijk negatieve uitwerking. Dat blijkt o.m. uit een passage in *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique* waar Portalis stelt dat er in de morele wetenschappen van geen continue vooruitgang sprake kan zijn omdat ze, anders dan de positieve wetenschappen, voortdurend onderhevig zijn aan storende tussenkomst van belang en passie (140–141).³ Bovendien ontwaart hij in beider schoot belangrijke verschillen, hetgeen concreet betekent dat men ze niet zonder meer kan herleiden tot – positieve en negatieve – tegenpolen. Enerzijds viseert niet elk belang economisch voordeel: het kan zich ook richten op immateriële doeleinden en zelfs op morele waarden; anderzijds mogen niet alle passies die *niet onder de noemer van het belang te brengen zijn* negatief worden beoordeeld.

Een voorbeeld van het eerste: het huwelijk verenigt de gezinsleden 'par les plus chers intérêts', hetgeen gepaard gaat met het onaflatend koesteren van de tederste affecties. Dat het hier om een ideaalbeeld gaat dat slechts zelden belichaamd is in de concrete gezinsrelaties doet niets af aan het feit dat sommige belangen zich niet meteen manifesteren via berekening en instrumentele rationaliteit: bedoeld zijn hier kennelijk immateriële belangen, in de zin vooral van 'belangstelling' voor elkaar, belangen die juist tot overstijging leiden van een 'geïnteresseerde' houding die voorrang verleent aan eigen materieel voordeel. In een ander verband stelt Portalis dat de voogd tot de familie van de pupil moet behoren, niet

3. In het vervolg verwijs ik in afkorting naar de volgende teksten van Portalis: *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique* = *Usage*; *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* = *Discours*; *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* (Parijs, 1844) = *Rapports*.

alleen omdat hij een reëel belang moet hebben bij het bewaren der goederen maar ook een 'intérêt d'honneur et d'affection' bij opvoeding en welzijn van de persoon: met het laatste is blijkbaar opnieuw een immaterieel belang gemoeid, al kan hier niet meteen gesteld worden dat het haaks staat op het eigenbelang van de voogd (het kan immers gemotiveerd zijn door de behoefte, zoniet om achting van derden te werven, dan toch om hun afkeuring te mijden). Van de andere kant zijn passies zeker niet voor eenduidig negatieve kwalificatie vatbaar. Mensen kunnen bijvoorbeeld een passionele aantrekking ervaren voor 'morele schoonheid'. De tragedie voert vaak 'les passions les plus nobles du coeur humain' ten tonele.

Typerend voor het klassiek tijdperk (17de eeuw) is volgens Portalis dat het vooral 'les passions délicates et aimables' gevoed heeft. De zuivere liefde is een passie, maar ze is grootmoedig en berekent niet. In de mate dat de passie zich distantieert van belangennastreving kan ze bovendien een affiniteit vertonen met de rede. In die zin ligt ze volgens Portalis zelfs aan de oorsprong van de wetenschap: er is zoiets als een kenpassie, een 'libido sciendi' die de mens ertoe aanzet voorbij de zintuiglijke ervaring door te dringen tot het wezen van en de drijvende kracht achter de dingen.

In een kritiek op de *Theory of moral sentiments* van Smith stelt Portalis overigens dat een passie nooit in geïsoleerde vorm voorkomt: ze is steeds vermengd met andere gevoelens en hartstochten; zo de liefde bijvoorbeeld met trouw, achting, tederheid, edelmoe-digheid, enz., 'passions à la fois grandes et estimables'. Een passie mag dus nooit als op zich staand worden beoordeeld: ook al kan ze de hoofdrol spelen in een bepaalde constellatie, steeds is ze hierin verweven met een hele reeks andere, secundaire passies die haar filteren en haar positief of negatief inkleuren. Even verkeerd is het zoals Burke te stellen dat de vrees voor pijn en dood alle andere passies domineert: passies behelzen immers een ideëel, ja idealistisch moment dat men niet aantreft in instincten; ze vertonen dus een edeler natuur dan louter dierlijke behoeften en die connoteert juist het verschil tussen morele en fysieke orde. Er zijn gedesinteresseerde passies zoals moed en heldhaftigheid die het belang van zelfbehoud in de schaduw kunnen stellen en waarbij eigenbelang wordt opgeofferd aan het belang van allen; nobele passies die ontluiken aan betrokkenheid op het eerzame, het grootse, het schone; die passies wortelen in de behoefte aan achting

vanwege anderen zonder welke ook geen zelfrespect mogelijk is, ze zijn verankerd in een morele kracht die aan de bron ligt van het sublieme.⁴

Zo is enthousiasme bijvoorbeeld, op zich beschouwd, onmiskenbaar een positief fenomeen. Bij afwezigheid ervan zouden mensen nooit de kracht kunnen opbrengen om zichzelf op te tillen tot het niveau van het schone en van het sublieme; ze zouden de energie ontberen om gevaren te trotseren, om obstakels te overwinnen en uit te stijgen boven een dagdagelijks, conformistisch gedragspatroon; ze zouden zichzelf niet kunnen overtreffen in heldenmoed en vaderlandsliefde (het laatste wijst er bovendien op dat er niet alleen individuele passies zijn maar ook collectieve die het handelen

4. Of men drang naar zelfbehoud als een passie dan wel als belangen nastreving kwalificeert, in beide gevallen geldt voor Portalis dat die drang geen volledige verklaring kan geven voor menselijk gedrag. Hij is weliswaar, evengoed als belang en gemeenschappelijk nut, een reële determinant van dat gedrag maar kan geen restloze duiding opleveren ervan. Er is immers ook zoiets als een inwendige morele zin die handelingen beoordeelt los van hun belang of conformiteit met louter maatschappelijke regels. Die autonomie van een morele orde manifesteert zich bijvoorbeeld in het feit dat het goede niet steeds het nuttige teweegbrengt en omgekeerd ook in het feit dat handelingen die wel degelijk nuttig zijn perverse intenties kunnen insluiten. Het gaat m.a.w. om een strikt persoonlijke factor, in de zin dat hij in de intimiteit van het individu gehuisvest is, met dien verstande evenwel dat hij aan de menselijke wil voorafgaat en uiteindelijk naar goddelijke wetten verwijst. Er zijn morele natuurwetten die oorspronkelijker zijn dan berekening van privé-belang of algemeen nut en die deze overigens richting moeten geven. Ze gaan tevens vooraf aan gewoontes en conventies; het contract als instelling bijvoorbeeld vereist, als zijn mogelijkheden-voorwaarde, verhoudingen van goede trouw en billijkheid. Moraal kan ook geen product zijn van politieke instellingen en evenmin van opvoeding alleen (immers, waar halen die instellingen en die opvoeding hun doelstellingen vandaan?): ze is veeleer de basis van die instellingen en het voornaamste object van de opvoeding. En dat er nefaste passies bestaan die aanleiding geven tot allerlei misbruiken, is nog geen weerlegging van de moraal en van haar invloed. De autonomie ervan is voor Portalis ook een reden om de stelling te verwerpen dat men van bepaalde passies een tegenwicht voor andere moet maken (naast het feit dat hij weinig geloof hecht aan de efficiëntie van dergelijke manipulaties): de morele orde, in haar onderscheid met de louter fysieke, impliceert geen onderling uitspelen van passies maar een onderdrukking van die passies en van slechte gewoonten door – wezenlijk andere – principes en dat overwicht bewijst meteen ook de menselijke vrijheid. Weliswaar kan de wetgever niet op de kracht van principes alleen vertrouwen – dan zou zijn taak overbodig worden (cfr. *infra*) – maar zulks neemt niet weg dat de morele orde, al is ze dan relatief machteloos met het oog op maatschappelijke controle over menselijk gedrag, volgens Portalis een zelfstandig niveau van de realiteit uitmaakt (*Usage* I, 168; II, 52–53, 58, 74–75, 84–85, 90–81, 94, 103).

van gehele naties of volkeren inspireren).⁵ De ontwikkeling van de beschaving is trouwens niet steeds bevorderlijk voor dat soort passies want naarmate de morele betrekkingen tussen mensen complexer en extensiever worden verzwakt hun cohesiekracht en intensiteit; worden passies nu beter geanalyseerd, tegelijk zijn de individuen minder gepassioneerd omdat de objecten van hun strevingen veel gediversifieerder zijn dan voorheen, en dat betekent vooral dat ze minder oog hebben voor het belang van de Staat, m.a.w. minder liefde voor het vaderland opbrengen.⁶

Het zal ook niemand verwonderen dat redelijkheid en passie verre van steeds in een synergische verhouding tot elkaar staan. Naarmate de beschaving evolueert gaan passies steeds geraffineerder in hun werk en dat betekent o.m. dat ze steeds duidelijker verweven raken met de publieke opinie. Wat aanvankelijk een eenvoudige mening was ontpopt zich dan vlugt tot een onstuimige passie; zelfs de verkondiging van koele waarheden kan dan niet meer zonder de bezielde taal der passies. Uiteraard laat die ontwikkeling de waarheidswaarde zelf van ideeën evenmin ongemoeid: passies beïnvloeden nu immers hun inhoud zelf, hun verblindende werking vervormt en verminkt ze; zulks blijkt vooral in revolutionaire conjuncturen die bij voorkeur malcontenten en verbitterden aan het woord laten.⁷ Van de andere kant: laat de tragedie vaak nobele passies aan bod komen, ze maakt ons toch vooral attent op 'les affreux dangers des passions sombres, furieuses et désordonnées dans les sanglantes catastrophes qu'elles produisent'.⁸ En blijven de moreel hoogstaande effecten van de eerste buiten kijf, juist daarom zijn ze geen zorg voor de wetgever: het zijn de andere passies die

5. Enthousiasme kan weliswaar blinde vormen aannemen en dan ontaardt het gemakkelijk tot fanatisme, hetgeen ongetwijfeld een negatieve en gewelddadige passie is. Maar ook tussen blind enthousiasme en fanatisme is er nog steeds verschil: op zich beperkt het eerste zich tot een vorm van geëxalteerdheid of hooguit van geestesverwarring, terwijl het tweede steeds dimensies als haat, drift en agressie insluit (*Usage* II, 154).

6. *Discours* 485, 505; *Usage* LXVIII-LXIX, LXXI-LXXII, LXXXVI; I, 169, 205, 284-287, 303-304; II, 39, 153-154.

7. Dat is ook de reden waarom een solide en degelijke burgerlijke wetgeving volgens Portalis niet tot stand kan komen in een revolutionaire conjunctuur: daarvoor is een andere context, gekenmerkt door 'le calme de toutes les passions et de tous les intérêts' (de twee ineen!), vereist (*Rapports* 301).

8. *Usage* I, XVIII, XXI, 328; *Rapports* 64.

zijn bekommernis moeten wegdragen en van die soort zijn er meer dan genoeg om hem met een niet aflatende taak te belasten.

Dat passies bovendien verweven zijn met belangen betekent dat beide de wetgever voor problemen – dezelfde problemen – plaatsen. Voor Portalis kan er geen sprake van zijn dat men dat spel van passies en belangen aan zijn spontane ontwikkelingsgang overlaat. Allebei vereisen ze een zekere regulatie en kanalisering. De wetgever moet rekening houden met hun complexiteit en deze in zijn werk tot uiting laten komen, wil hij de burgers voldoende houvast – regels en waarborgen – bieden bij het nastreven van hun voorname belangen. Tegelijk echter vormen individuele belangen, passies (en behoeften) zo'n ingewikkeld kluwen dat hun uitwerking niet tot in de details kan worden voorzien door de wetgever: daarvoor zijn ze te talrijk, te verscheiden, te mobiel en dientengevolge te vaak object van controverse. Geconfronteerd met een oeverloze (conflict)materie, sluit het burgerlijk recht algehele voorspelbaarheid uit (en verschilt hierin ten gronde van het strafrecht dat selectief te werk gaat en slechts een zeer beperkt aantal handelingen viseert). De *onvoorspelbaarheid* die het gevolg is van de interactie van talloze – als één geheel gepresenteerde – passies en belangen roept de noodzaak in het leven van een rechtsprekende functie als supplement van de wetgevende arbeid. Beide beogen niettemin hetzelfde objectief: de rechter, geïnspireerd door de maxims van de rechtsleer, is het onontbeerlijk verlengstuk van de wetgever, d.w.z. ook een aan de wet ondergeschikt instrument, bij de regulatie van passies en belangen in het teken van vreedzame coëxistentie der individuen. Evenmin als passies zijn belangen in dit perspectief een probleemloos gegeven voor de wetgever: zal hij ze tot op een zeker punt erkennen en onderschrijven, dat punt vormt ook de limiet van het legitiem belang, de grens voorbij dewelke eigenbelang niet langer straffeloos kan worden nagestreefd. In die zin is het zijn taak het algemeen samenlevingsbelang vorm te geven. Hij moet zich ervoor hoeden verstrikt te raken in het labirint van conflicterende particuliere belangen. Naast wettelijke regulatie van de civiele verhoudingen is dan ook een beroep op de rechter vereist: hij moet zorgen voor de detailtoepassing der burgerlijke wetten, juist omdat de onvoorspelbaarheid van de gevolgen van belangen nastreving tot allerlei conflicten kan leiden. Maar het doel is, in termen van belangenregulatie, hetzelfde: het legitieme afbakenen van het illegi-

tieme; de dualiteit wetgever-rechter verwijst hier dus naar een functionele rolverdeling.⁹

2. *Hoe de wetgever het register der passies 'bespeelt'*

Het probleem met passies en belangen is bovendien dat de wetgever, hoe negatief hun effecten ook kunnen zijn, ze onmogelijk kan uitroeien. Het is m.a.w. utopisch te verhoppen dat recht en moraal ooit zouden kunnen samenvallen. Ze regeren verschillende sferen: 'L'ordre moral et l'ordre civil diffèrent en ce que l'un se propose la vertu et l'autre la paix'. De wet viseert het welzijn en de zekerheid van de burger, niet de volmaaktheid van de mens; ze mag trouwens de zeden niet integraal willen regelen: 'Les lois ne peuvent rien sans les mœurs. Mais tout ce qui intéresse les mœurs ne saurait être réglé par des lois. Un législateur qui voudrait comprendre dans son code tout ce qui appartient à la morale serait forcé de confier une puissance trop arbitraire à ceux qui exécuteraient ses règlements; il croirait protéger la vertu, il ne ferait qu'établir la tyrannie'. Volwassen kinderen bijvoorbeeld hebben nog steeds de morele plicht hun ouders te eerbiedigen maar dat kan dan niet langer bij wet worden afgedwongen: opdringen van perfecte moraliteit zou hier alleen tot infantilisering leiden. Het recht viseert louter de voor onze gelijken nuttige of gevaarlijke handelingen, het wordt alleen geleid door de wisselende behoeften en voorbijgaande belangen van de maatschappij. Intieme gedachten en verlangens vallen niet onder de bevoegdheid der wetten; trouwens, 'qui pourra jamais sonder les profondeurs du coeur humain?'. Zeker, er is een gerechtigheid die de efemere behoeften en belangen van de individuen overstijgt: de goddelijke justitie achterhaalt hun verborgen drijfveren en sanctioneert ze ook, maar tegelijk sluit ze vergiffenis in voor berouwvol gedrag en impliceert ze dus de onsterfelijkheid van de ziel. Dit is echter per definitie geen mensenwerk. De wetgever moet zich spiegelen aan de reële zeden van het volk waarvoor hij legifereert, hij mag zich niet op sleeptouw laten nemen door een 'faux esprit de système' die aard en karakter der bestemmelingen ignoreert en dus de wetten afsnijdt van wat ze wortel kan doen schieten. Hij zal geen volksvreemde normen opdringen: zijn wetgeving mag geen perfectie incarneren die het volk niet aankan, ze

9. *Discours*, 469–470, 472, 475.

moet de concrete – d.i. historisch-relatieve, veranderlijke – moraliteit van de gemeenschap manifesteren.¹⁰

Dit, en niet anti-religiositeit, vormt het ware motief om echtscheiding toe te laten. Daar komt bij dat de wetgever hier geconfronteerd wordt met extreme passies die rampzalige gevolgen kunnen hebben, gemakkelijk kunnen ontaarden in excessen die het samenleven van echtgenoten in een hel veranderen; passies – seksuele begeerte, maar ook andere hartstochten – waarvan de nefaste uitwerking door de dwang van een continue confrontatie ten top gedreven zou kunnen worden. Rust, zekerheid en geluk van de echtgenoten zijn dan de oogmerken die de wetgever moeten leiden. Verwachten dat de deugd die passies zou kunnen bedwingen getuigt van naïviteit: in dezen vereist een ‘realistische’ houding dat de wetgever zich neerlegt bij de onmacht van de moraal. Het is dan ook zijn taak niet de deugd op te dringen maar wel bepaalde vormen van wanorde te voorkomen, uiteindelijk omdat ze funest zijn voor de samenleving. Men krijgt m.a.w. de indruk dat, als puntje bij paaltje komt, het maatschappelijk belang primeert over het welzijn der individuen. Pogingen om de bron van onverwoestbare passies droog te leggen zijn zinloos, maar men kan ze wel maatschappelijk kanaliseren door de effecten en de misbruiken ervan te beperken. Het nut van echtscheiding vloeit voort uit het gevaar der passies voor de maatschappij; in dit opzicht is de enig relevante vraag die van haar politieke opportuniteit: ‘la question du divorce devient une pure question civile dont il faut chercher la solution dans les inconvénients ou dans les avantages qui peuvent résulter du divorce même, considéré sous un point de vue politique’.¹¹

Hebben goede intenties geen greep op onuitroeibare passies, deze komen dus wel in aanmerking voor politieke manipulatie. Kansspel bijvoorbeeld is strijdig met de openbare zeden en met het belang der maatschappij: doordat het de idee van winst ontkoppelt van die van arbeid bevordert het leegloperij, het voedt harteloos egoïsme en stelt familievermogens bloot aan plotse omwentelingen; maar die passie in de kiem smoren is iets dat de krachten van de overheid te boven gaat; vandaar: ‘la tolérance des jeux est souvent un acte nécessaire de police’. Realisme is echter geen synoniem met algehele onthouding, de wetgever kan die passie politiek kanaliseren: misdrijven voorko-

10. *Discours* 489–491, 505; *Rapports* 72, 82–83; *Usage* I, 186–187.

11. *Discours* 487–488.

men door toezicht te houden over wie in haar ban verkeert, de excessen ervan tegengaan en beletten dat ze tot ordeverstoring leidt. Dit betekent op zijn minst dat kansspel niet mag worden erkend en beschermd als een contract: niemand kan een geding aanspannen omwille van speelschulden.¹² De wetten impliceren dus geen louter passieve en neutrale aanvaarding van 'onweerstaanbare' impulsen. Ze moeten een dijk opwerpen tegen negatieve passies, net als tegen ondeugden en misdrijven. Wetten kunnen misdrijven niet uitroeien, en dus evenmin de nood aan straffen opheffen, maar ze hebben een belangrijke preventieve werking: de frequentie van misdrijven wordt er op voorhand door beperkt. Die regelende werking van de wetten op de zeden – tot op zekere hoogte althans – geldt ook ten aanzien van de passies als zodanig.

Het is zelfs zo dat de wetgeving uitbreiding neemt naarmate de behoefte groeit om de zeden te corrigeren; m.a.w. zolang de goede zeden regeren, zijn er weinig wetten: hetgeen er op zijn minst op wijst dat Portalis niet al te veel geloof hecht aan rechtlijnige vooruitgang, althans op moreel vlak (vermits hij een kronologische sequens van 'alleenheersende' zeden en correctie ervan door de wetten suggereert). Hij heeft trouwens geen welomlijnde visie op de relatie tussen zeden en wetgeving. Er is wel sprake van interactie maar deze lijkt verre van eenduidig. Nu eens benadrukt hij de bepalende invloed van de zeden op de wetten: de onmerkbare wijzigingen van de eerste veroorzaken op termijn wetswijzigingen of ze worden op zijn minst weerspiegeld in de rechtspraak (gelet op het feit dat wetgeving, door haar grotere bestendigheid, steeds min of meer een kloof vertoont met de evoluerende zeden). Het rechtssysteem als geheel lijkt dus weinig weerstand te kunnen bieden aan wisselende zeden: als de napoleontische wetgeving bijvoorbeeld het vroegere gewoonterecht opzij zet, dan is dat niet louter omdat het strijdig zou zijn met de rede maar in de mate dat het niet langer compatiebel is met geëvolueerde zeden. Het enig belangrijke verschil zou erin bestaan dat de laatste verandering bewerken via een 'pente insensible', terwijl de wetten dat doen door bewuste beschikking. Dan weer stelt Portalis dat de wetgeving zelf een bron is van de zeden; dit geldt vooral voor de civiele wetten want 'elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout; elles sont souvent l'unique morale

12. *Rapports* 283–284.

du peuple'. Het privaatrecht heeft in dit opzicht een eminent politieke betekenis en functie, meer wellicht dan het publiek recht: het moet niet enkel zeden en gewoontes weerspiegelen maar een moreel en maatschappelijk vormende rol vervullen. Op nog andere momenten uit Portalis twijfel aan het ingrijpend karakter van die invloed: het is immers verkeerd te denken dat de zeden van een eeuw of volk corrupter zijn dan die van een andere eeuw of volk, want menselijke passies zijn altijd en overal dezelfde en ze bewerken steeds dezelfde resultaten; de wetten bepalen dan niet zozeer de zeden zelf maar hebben hooguit een oppervlakkig effect op de uitwendige gedragvormen.¹³ En als wetten en instellingen een vormende werking hebben op de mensen, dan is dit veel minder het resultaat van recent recht dan van wetten en instellingen uit het verleden: deze overleven immers zichzelf in een aantal *gewoontes* die slechts langzaam aangekweekt werden. Velen geloven dat de wetten een allesbepalende invloed hebben op de zeden, terwijl het die zeden, d.w.z. het resultaat op lange termijn van gedragswijzen, gebruiken en instellingen, zijn die alom de mensen regeren. Hoe dan ook, niemand kan ineens alle gewoontes en zeden van een volk wijzigen: de obsessie van de tabula rasa is een typisch revolutionaire illusie;¹⁴ radicale innovatiedrift is dus uit den boze want in strijd met de 'pente insensible des mœurs'. Veeleer dan dat ze ingesteld worden 'inspireren' de zeden het volk.¹⁵

In elk geval, regulatie van de passies betekent minstens dat de

13. In een ander verband nog heeft Portalis het over een tegenstelling tussen jonge en ontwikkelde volkeren. In het eerste geval worden mensen veeleer geregeerd door de zeden dan door wetten, ze laten zich leiden door een handvol morele principes eerder dan door beginselen van positief recht en zijn niet zozeer medeburgers dan wel bondgenoten. In een geciviliseerde samenleving daarentegen zijn gebruiken en gewoontes reeds diep verankerd. Men denkt dan vlug dat wetten en instellingen de mensen maken en vergeet hierbij dat het de mensen zijn die die wetten en instellingen tot stand gebracht hebben en dat ze de steun en het materiaal voor dit bouwwerk uit eigen boezem gehaald moeten hebben. Vandaar de illusie dat alle principes op conventie teruggaan en dat de politiek allesbepalend is (*Usage II*, 50–51).

14. De omverwerping van het 'ancien régime' werd echter wel mogelijk gemaakt doordat de socio-politieke structuren geen wortel meer hadden in de zeden. Maar de revolutionaire wil tot tabula rasa houdt een minstens even erge, en ditmaal regelrechte, miskenning van de zeden in want ze negeert zonder meer de gewoontes: het volk is nooit een onbeschreven blad (*Discours* 464m).

15. *Discours* 464–466, 468–469, 481; *Rapports* 74–75, 348; *Usage II*, 181, 504, 511.

overheid ze niet in de hand mag werken, want dan zijn misbruiken niet langer het werk van die passies, werk dat voor correctie door wetten in aanmerking komt, maar het werk van de wetten zelf, en steekt het kwaad in de veronderstelde remedie zodat het ongeneesbaar wordt. Is echtscheiding bijvoorbeeld onder bepaalde voorwaarden een noodzaak, onverenigbaarheid van karakter kan daartoe geen vrijbrief verlenen, want dan moeten de mogelijke effecten van de wet op hun beurt bezworen worden door allerlei voorzorgsmaatregelen, m.a.w. dan moet de wet zelf geketend worden als een hevige passie. In dit geval gebiedt de nuts calculus dat men groter gewicht toekent aan de 'mariages sacrés et inviolables' dan aan de 'mariages mal assortis'. Het huwelijk moet worden beschermd tegen 'le débordement des mœurs': echtscheidingswetten mogen dus niet toelaten dat het op lichtzinnige wijze ontbonden wordt. De stelling dat de wetten moeten aanknopen bij de reële zeden van het volk sluit in de ogen van Portalis zowel absolute afwijzing van de echtscheiding – die een nefaste uitwerking zou hebben op de zeden en dus ook op de maatschappij – uit, als een te grote laksheid die eveneens een verkrachting zou betekenen van die zeden. Redenen tot echtscheiding moeten dus worden beperkt. Zal men rekening houden met de kracht van onuitroeibare passies, tegelijk moeten de wetten een 'heilzame rem' in het leven roepen; zeker in het geval van een natuurlijke instelling als het huwelijk die een te grote weerslag heeft op de lotsbestemming van de mensen en op de reproductie van de soort om ze aan 'la licence des passions' uit te leveren. Waar gedrag van dieren instinctueel vastligt, verlangens er uit behoeften ontstaan en ophouden met de bevrediging der behoefte, spreekt in het geval van mensen bij het stilzwijgen der natuur de stem der verbeelding.

Dit betekent dat deugd en rede vaak niet kunnen optornen tegen onbeheerste verlangens en mateloze hartstocht en het is ook de reden waarom wetten in hun plaats moeten treden om het gedrag te regelen.¹⁶ Ze moeten de individuen tegen hun eigen passies

16. M.a.w. waar de alleenheerschappij van de behoefte bij dieren borg staat voor voortzetting van de soort, bedreigen het typisch menselijk karakter van passies en hun onvoorspelbaarheid de toekomst van de mensheid. Sexuele begeerte is op zich een natuurlijk gegeven maar door haar verwevenheid met passies moet ze worden genstitutionaliseerd in de vorm van het huwelijk; het juridische van de passies vereist hier dus juridisering en desgevallend criminalisering (incestueuze begeerte), d.w.z. de 'Aufhebung' van de orde van de fysieke natuur door het recht beperkt zich tot een artificieel verzekeren van de reproductie van de soort (*Rapports* 163–164, 175).

en die van anderen beschermen, anders zouden zelfbehoud en voortzetting van de soort in het gedrang komen. Hetgeen, gezien het opperste belang van het huwelijk in het licht van die beide imperatieven, niet als een aanslag op de vrijheid van de echtgenoten kan worden gebrandmerkt. Dat onverenigbaarheid van aard en karakter geen motief tot echtscheiding kan zijn hoeft dan niet in tegenspraak te zijn met het standpunt dat de wetgever een realistische inschatting moet maken van onuitroeibare passies. Immers, is die vermeende onverenigbaarheid niet vaak een dekmantel voor frivole passies of simpele grillen – een buitenhuwelijkse relatie bijvoorbeeld – die niet zo zwaar wegen dat ze de huwelijksinstelling mogen ondermijnen? Het gaat dan niet om passies die het huwelijk inwendig verscheuren maar om passies met een extern object (wellicht samenhangend met afwezigheid of verdwijnen van passie binnen het huwelijk) die onrechtstreeks het uiteenvallen ervan in de hand werken. In zo'n geval is een regulatie van de passies vereist die ze kanaliseert met het oog op het politiek wenselijke, een conditionering die ertoe tendeert bepaalde passies uit te doven om andere – binnen het huwelijk – nieuw leven in te blazen of, zo dit onhaalbaar blijkt, om de partners met hun lot te verzoenen.

Dat het huwelijk van zo wezenlijk belang is voor lotsbestemming van individu en soort is ook de reden waarom vaderlijke instemming tot op een bepaalde leeftijd vereist is; het is een rem op 'la fougue des passions', een preventief middel tegen 'la licence des mœurs', een mechanisme dat moet voorkomen dat kinderen, op het ogenblik dat de passies ontluiken, aan zichzelf worden overgelaten en dat ze tegen henzelf beschermt bij het nemen van een beslissing die zo sterk verweven is met 'l'empire des passions les plus terribles' (in het algemeen vloeit de vaderlijke macht trouwens o.m. voort uit de noodzaak om bij de jeugd de eerste opstoten der passies te onderdrukken of te kanaliseren). Die geterroriseerde kijk op een blijkbaar zo door ongebreidelde passies belaagde en dus potentieel zo explosieve instelling vormt ook de grondslag voor de andere vormvereisten van het huwelijk: alle moeten ze voorkomen dat de echtelijke relaties ten prooi zouden vallen aan passionele afwijkingen die haaks staan op een geregeld gebruik door de mensen van hun legitieme rechten.¹⁷

17. *Rapports* 103, 164–166, 184–185, 255, 274, 350–352; *Discours* 485, 492–494, 498–499, 505. Overigens: de 'droits de l'humanité' mag men niet verwarren →

En, mocht er twijfel bestaan aan de wijze waarop de wetgever zijn taak – ‘de zeden met de wetten verbinden’ – moet opvatten, Portalis voegt er voor alle duidelijkheid aan toe dat hij in een en dezelfde beweging instandhouding van de goede zeden en *geregelde* reproductie van de soort moet beogen, alsof er geen verschil was tussen beide. Wie zou, in dit licht, nog vraagtekens durven plaatsen bij discriminatie van natuurlijke en wettige kinderen? Men make zich echter geen illusies: morele overwegingen hebben in dezen een instrumenteel statuut, ze staan in het teken van regelmatige, goed geoliede reproductie van de sociale verhoudingen. De vraag of een natuurlijk kind schuld heeft aan zijn lot, rijst niet eens; het is gewoon politiek verkieslijker dat men het enkel een zeker recht op maatschappelijke bijstand toekent.¹⁸

3. *De ambivalentie van ‘la douceur du commerce’*

Komen we nu tot het ander deel van ons tweeluik: het belang en zijn plaats in de maatschappelijke dynamiek. Dat Portalis nogal sceptisch staat tegenover zijn rol als tegenwicht voor de (nefaste) passies hebben we al gezien. Zou men hieraan nog twijfelen, volgende passage spreekt boekdelen: ‘L’intérêt remue les passions, bien loin de les étouffer; il divise les hommes plutôt qu’il ne les unit; il les concentre dans l’abjection du moi sensuel’ (*Usage II*, 103).¹⁹ Op één punt nochtans gelooft hij in de weldoende werking van nastreven van eigenbelang (in de zin van economisch voordeel), nl. wat de internationale betrekkingen betreft.

Portalis volgt hierin vrij getrouw Montesquieu. Deze was overtuigd dat de handelsgeest tot verzachting van de zeden leidt, omdat ze de vooroordelen elimineert die volkeren tegen elkaar opzetten. Onder de auspiciën van ‘la douceur du commerce’ worden gebruik van geweld en barbaarse praktijken geweerd uit hun onderlinge

→ met mensenrechten in de zin van de Mensenrechtenverklaringen. Portalis kon enkel misprijzen opbrengen voor die laatste: ze vormen de neerslag van de sofistieke doctrines van de Verlichting en verspreiden een overspannen idee van vrijheid en gelijkheid dat enkel kan uitdraaien op het despotisme van een hersenloze minderheid (*Usage II*, 490–491).

18. *Discours* 522.

19. Het is evenmin een mirakuleuze remedie tegen geweld: ‘wereldse’ belangen (maar Portalis bedoelt hier wellicht die van vorsten en machthebbers) zijn vaak oorzaak geweest van conflicten tussen naties en van burgertwisten (*Usage II*, 157).

relaties. In die optiek krijgt economische ruil de positieve connotatie van beschaafde omgangsvorm en van nuttige deelneming aan menselijk samenleven. Dit is echter niet het enige voordeel van internationale handel: ze vertoont ook een direct politiek pluspunt. Immers, de voor de samenleving gevaarlijkste passies zijn die welke de machthebbers in hun greep houden: hun karakter is sowieso onstuimiger dan dat van gewone stervelingen en ze beschikken over de middelen om gehele volkeren in het verderf te storten. De ontwikkeling van het internationaal handelsverkeer nu brengt een constellatie voort die het belang van vorsten doet convergeren met de belangen nastreving van hun onderdanen, een constellatie die een rem zet op de willekeur en hebzucht van de eersten, op hun nefaste dorst naar roem en passionele excessen. Het bijzondere aan roerende goederen is immers dat ze vaak onzichtbaar en ongrijpbaar zijn, terwijl met de ontwikkeling van de wereldhandel politieke grillen als muntontwaarding ondoelmatig en zelfs funest worden voor de vorsten. Ze zien zich bijgevolg genoodzaakt om hun passies te bedwingen willen ze het gras niet onder hun eigen voeten wegmaaien. De handelsgeest heeft zodoende een gelukkige weerslag op de internationale betrekkingen, onrechtstreeks zowel als rechtstreeks: enerzijds resulteert de noodzaak voor de vorsten om hun gedrag te matigen in een vreedzamer politiek; anderzijds doet handelsruil tussen naties uit zichzelf de balans doorslaan naar de kant van de vrede. Niet alleen omdat handelsgeest en veroveringszucht elkaar uitsluiten maar vooral omdat handel wederzijdse afhankelijkheid tussen naties schept en complementaire behoeften complementaire belangen in het leven roepen.²⁰

Portalís plaatst inderdaad, in het verlengde van Montesquieu, die vermeend onschadelijke en vreedzame implicaties van het nastreven van eigenbelang op het vlak der internationale betrekkingen tegenover het destructieve van de passies. Ontwikkeling van het internationaal handelsverkeer bevordert een comparatistische houding en leidt tot wederzijdse Verlichting: men leert in de vreemdeling iets anders zien dan de vijand; nationale gemeenschappen zijn niet meer zo blindelings gehecht aan hun particuliere overtuigingen en superstities; barbaarse en destructieve vooroordelen, chauvinistische haatgevoelens tegenover andere volken verdwijnen. Die expansie van de handelsgeest neemt niet alleen grotendeels de oor-

20. Cfr. HIRSCHMAN, *O.c.*

zaken van internationale conflicten weg, ze versterkt de banden van universele broederschap, is dus een positieve remedie tegen oorlogszucht. De naties van de gehele wereld leren er elkaar beter door kennen en komen tot het inzicht dat ze alle deel uitmaken van eenzelfde, universele mensengemeenschap, ja dat er daadwerkelijk behoefte is aan toenadering en samenwerking. Het internationaal ruilverkeer bewerkt dus een geest van bezonnen tolerantie en wederzijds begrip, sterker zelfs, het wist de nationale verschillen goeddeels uit: naties gelijken nu beter op elkaar dan weleer burgers van eenzelfde natie; ze maken zich dezelfde gebruiken en zeden eigen, beoefenen eenzelfde kunst en wetenschap, belijden eenzelfde visie op eigendom en maatschappelijke orde. Die uniformering, samen met het feit dat handel onderlinge afhankelijkheid tussen de naties, een relatiepatroon gebaseerd op de wederkerigheid hunner behoeften, instelt, bevordert duurzame vrede. De complementariteit van hun belangen vormt immers ook een waarborg tegen de wildgroei van passionele impulsen in de politiek, en voorkomt zo tevens indirect avonturisme: een land dat zichzelf door zijn beleid uitsluit van het concert der naties zou, gezien het complex netwerk van relaties van interdependentie, zijn eigen welvaart en dus ook zijn macht ondergraven. De belangen van de volkeren zijn m.a.w. tezeer vermengd geraakt om voortaan nog ruimte te laten voor een particularistische geschiedenis van deze of gene natie of voor individuen die een eigenzinnige stempel drukken op de loop der gebeurtenissen. De universaliserende werking van het handelsverkeer brengt tenslotte mee dat vreemdelingen nu op rechtvaardige en menselijke wijze behandeld worden. Eigenbelang kan dus bron zijn van rechtvaardigheid, zij het dan van een akelig precieze die elke vrijgevigheid uitsluit. Maar kan men de handelsgeest aanwrijven dat ze belangloos en edelmoedig gedrag marginaliseert, men heeft er niettemin het verdwijnen van geweld en roofzucht aan te danken en ze heeft het besef gewekt van een oorspronkelijke, op de gelijkheid van behoeften gebaseerde confraterniteit van alle stervelingen.²¹

Dit is echter maar een deel van het verhaal. Portalis is zeker geen onvoorwaardelijk aanhanger van het optimisme van Montesquieu. Vooral binnen de eigen grenzen blijkt immers dat de gevolgen van de handelsgeest verre van onverdeeld positief zijn: dat de ontwik-

21. *Discours* 507; *Usage* I, 21, 81, 88, 95; II, 34, 40, 111–112, 193.

keling van de binnenlandse handel alleen maar de cohesie van de nationale gemeenschap zou bevorderen is een illusie. Heeft die handelsgeest stijging van de rijkdom meegebracht en de mensen verlost van een reeks nefaste vooroordelen,²² het ligt ook in de natuur van die mensen – individuen zowel als volkeren – dat ze bezonnener en gelukkiger zijn in een toestand van mediocriteit dan wanneer ze in weelde baden. Te grote voorspoed is vaak een valstrik voor hun deugd en gemoedrust, teugelloze materiële vooruitgang vormt een bedreiging voor de zeden en instellingen van een natie.²³ Immers, de commercië verliezen? Is de passie dupe van het belang, of omgekeerd? Beide beweringen zijn wellicht, al naargelang de gevallen, terecht²⁴ (Discours 471, 473).

Net als negatieve passies is eigenbelang een onmiskenbaar en onuitroeibaar gegeven dat de wetgever niet moet trachten te onderdrukken of te supprimeren maar dat hij moet zien te manipuleren en te kanaliseren, zij het dan in een meer liberale zin dan bij de passies. Dit laatste geldt vooral in economische materies: 'En

22. Van de andere kant nochtans kan men volgens Portalis niet stellen dat gewelddadige relaties tussen volkeren in alle opzichten destructieve gevolgen hebben. Onderwerpt bijvoorbeeld een lagere beschaving een hogere door wapengeweld, dan zal de laatste uiteindelijk toch triomferen over haar veroveraars: inzicht van de mensen in hun belang maakt dat het genie van de veroverden het haalt op de barbarij van de veroveraars. In zulke omstandigheden kan oorlog het paradoxaal resultaat hebben dat hij, al worden de normale relaties tussen volkeren onderbroken, een ongewoon snelle verspreiding van kunst en wetenschap meebrengt (*Usage* XXV, XXXI).

23. Van de andere kant betekent zulks ook weer niet dat het behoeftenpatroon van de primitief tot voorbeeld moet strekken. Dat de wilde weinig behoeften heeft bewijst niet dat hij redelijk of gematigd zou zijn maar veeleer dat hij lui en apathisch is. De beperktheid zijner verlangens wortelt in onwetendheid, en door zijn onvooruitziend gedrag en onverschilligheid voor de toekomst is hij een gevaar voor anderen: immers., zodra de behoefte zich op pijnlijke wijze laat voelen grijpt hij met geweld naar datgene dat hij, omdat hij zich verheven acht boven de noodzaak om te werken, niet door inspanning tot stand heeft willen brengen. Die gedachtengang is gemakkelijk uit te breiden tot de 'inlandse wilden' die bedelaars en landlopers zijn. De ingesteldheid van dat soort lui heeft uiteraard zijn repercussies in revolutionaire conjuncturen: ze vormen de stoottroepen van oproerige partijen omdat ze in ondermijning van de maatschappelijke orde de mogelijkheid ontwaren om ongestoord op de rug van de eerbare burgers te leven (*Rapports* 213; *Usage* II, 294, 490, 492).

24. De rechter, die oordeelt tegen een achtergrond van 'stilzwijgen der passies', moet zich dan echter wel richten naar het *welbegrepen* eigenbelang der partijen, want hij kan het zich, gezien het feit dat recht en moraal nooit kunnen en mogen samenvallen, niet veroorloven om stelselmatig de geheime drijfveren van de partijen te peilen, gesteld al dat zulks mogelijk zou zijn.

général les hommes sont assez clairvoyants sur ce qui les touche. On peut se reposer sur l'énergie de l'intérêt personnel du soin de veiller sur la bonne culture. La liberté laissée au cultivateur et au propriétaire fait de grands biens et de petits maux. L'intérêt public est en sûreté quand, au lieu d'avoir un ennemi, il n'a qu'un garant dans l'intérêt privé'. Nodeloze betutteling of onderdrukking van individuele belangen is uit den boze: 'on doit se reposer sur la liberté de chaque individu du soin de veiller à sa conservation et à son bien-être. La loi gouvernerait mal si elle gouvernait trop; la liberté fait de grands biens et de petits maux, pourvu qu'on ne lui laisse pas franchir les limites que l'intérêt public nous force de lui prescrire'. Sommige eigendommen zijn weliswaar van zulke aard dat hun aanwending met het oog op privé-winst strijdig kan worden met het algemeen belang: hun gebruik moet dan bij wet worden geregeld (bijvoorbeeld in het geval van mijnen en bossen). Al dan niet de vrije teugel laten aan individuele belangen is dus een kwestie van politieke opportuniteit: zijn de effecten van privé-initiatief voordelig voor de maatschappij, dan moet het getolereerd en zelfs aangemoedigd worden. Voor de napoleontische wetgever zijn economische activiteiten een zaak van algemeen en nationaal belang. De overheid moet ze beschermen en aanwakkeren, niet echter door willekeurige en verknechtende reglementering maar door een vrijheidsbevorderend beleid. Zo gezien is vrijheid van industrie het correlaat van regeerpraktijken die haar mogelijk maken, de voorwaarden voor haar ontwikkeling scheppen, haar voortbestaan schragen en waarborgen. Die vrijheid is evenwel geen doel op zich maar het instrument van een bijzondere regeerkunst. 'Besturen in het teken van de vrijheid' kadert in een politieke strategie: niet alleen bevordert het in een en dezelfde beweging industriële ontwikkeling en nationale macht, het stimuleert de eerste ten gunste van de tweede.²⁵ Het komt er dus op aan privé-belangen politiek te manipuleren, ze te verleiden ten profijte van politieke macht en stabiliteit. Immers, is het onmiskenbaar dat mensen zich steeds door hun belang laten leiden, dan gaat de volgende stelregel evenzeer op: 'on mène les hommes par leur intérêt', 'c'est surtout par l'intérêt qu'on retient les hommes'. M.a.w. de aan privé-belang toegewezen plaats en functie kaderen in een bepaalde machtseconomie (of eco-

25. Zie hierover: F. EWALD, *L'Etat providence*, Parijs, Grasset, 1986, blz 111 e.v.

nomie van het politieke), ze schrijven zich in in een concept van bestuurlijke rationaliteit.²⁶

Impliceert die visie van Portalis op economisch vlak een zeker liberalisme, hij viseert beslist iets anders dan het utopisch liberalisme dat een spontane en apolitieke regulatie der sociale verhoudingen fantasmeert. Het betreft hier een 'voorwaardelijk liberalisme': waar het op aankomt is het uittekenen van strategieën die bepaalde privé-belangen onderschrijven en ze onderling afwegen met het oog op politieke beheersbaarheid van die sociale verhoudingen. O.m. betekent het niet dat de overheid zich in alle gevallen zal onthouden van tussenkomst in en regulatie van het economisch leven. Is bijvoorbeeld het handelsverkeer dat zich afspeelt tussen naties en volkeren en dat de behoeften van de universele gemeenschap dient een goede zaak, toch mag men het niet aan zijn spontane dynamiek overlaten: het vereist een van de burgerlijke wetgeving afwijkende regulatie want in tegenstelling tot de gewone transacties van het civiele leven die beheerst worden door de courante wederzijdse behoeften der individuen impliceert het transacties waarbij rechtstreeks politieke belangen op het spel staan (*Discours* 513).

Zou de wetgever zich echter stelselmatig substitueren aan het privé-initiatief, dan zouden alle burgers tot blijvende minderjarigheid veroordeeld zijn en zou bevoogding ontaarden in inquisitie. Veroordeelt en miskent hij zonder meer de invloed van eigenbelang, dan zal hij regelingen moeten opzetten die zo gecompliceerd zijn dat ze de burgers geen echte bescherming meer bieden, met het gevolg dat de remedie – die de slechtheid van de mensen wil bestrijden – erger wordt dan het kwaad zelf. Mensen moet men regeren op basis van de fictie dat ze beter zijn dan doorgaans echt het geval is. Neem bijvoorbeeld het probleem van de interest. Volgens Portalis is het zinloos die te verbieden. Zijn argument is niet dat interest op zich moreel verantwoord zou zijn (hij stelt zich ermee tevreden in algemene termen te poneren dat het normaal is dat voor gebruik van geld, dat immers aan een behoefte beantwoordt, een prijs wordt betaald, net zoals voor alle andere goederen die behoeften bevredigen). Hij steunt zich op de vaststelling dat woeker nooit ontzettender afmetingen heeft aangenomen dan in de tijd dat interest verboden was. De wetgever heeft geen belang

26. *Rapports* 222, 287, 333, 348, 374.

bij een interestverbod, want het resultaat ervan is precies het tegenovergestelde van wat hij wou bereiken: woeker bestrijden. M.a.w. wie teveel (het ganse domein van de morele imperatieven) wil regelen, regelt helemaal niets meer. Men krijgt de indruk dat de ware reden voor de zelfbeperking van de wetgever niet zozeer de onwenselijkheid is van betutteling van de individuen dan wel de politieke opportuniteit of niet van regulatie. Beter is het het privé-belang te onderschrijven dan het te onderdrukken telkens blijkt dat zulks politiek voordeel oplevert, onstabiliteit, onzekerheid of conflicten voorkomt. Vandaar de figuur van de goede huisvader, die met gezond verstand zijn eigen belangen behartigt, als onvermijdelijk complement van de wetgever: 'On gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile'.²⁷ Die fictie van een complementaire rol van het privé-belang is onontbeerlijk om echte beheersing van de sociale verhoudingen te realiseren. Deze laatste impliceert m.a.w. zelfbeperking van de ambities van de machthebbers.²⁸ Argumenten pro of contra regulatie worden

27. Die figuur impliceert bijvoorbeeld dat rechtsvorderingen tot teruggave op het stuk van commerciële transacties (i.t.t. de civiele) uitgesloten zijn. Het is politiek verkieslijker dat men er voor wat het handelsverkeer betreft vanuit gaat dat individuen in staat zijn op behoorlijke en verstandige wijze hun belangen te behartigen. Dit is weer eens een politiek argument (een andere oplossing zou trouwens in strijd zijn met 'l'intérêt de la justice' want dat zou de efficiëntie en credibiliteit van de rechtspraak in het gedrang brengen) (*Discours* 513).

28. Portalis verwijt de 'esprit révolutionnaire', die tabula rasa wil maken met het bestaande en alles ineens wil veranderen, dat ze de rechten van de mensen opoffert aan een 'mystérieux et variable intérêt d'état'. Verwerpelijk hieraan is echter niet dat de revolutionairen het staatsbelang voor ogen stond, maar het feit dat ze een mystieke, illusoire perceptie hadden ervan. Door alles te willen veranderen ambieerden ze absolute beheersing van de sociale verhoudingen, maar in feite beheersten ze juist helemaal niets meer. Daarom ook werd het staatsbelang zo 'mysterieus', m.a.w. zo ongrijpbaar, zo wispelturig, zo grillig. Daartegenover staat het welbegrepen staatsbelang dat zichzelf weet te beperken als prijs voor reële beheersbaarheid. Tijdens de revolutionaire parenthese was het laatste zoekgeraakt: omdat men volledig wou breken met het bestaande kwam het politiek bedrijf in de draaikolk der passies terecht. Nu, als die bevelen zijn niet enkel de rechten der burgers ten dode opgeschreven, ook de machthebbers verliezen dan hun greep over de gebeurtenissen: waar radicale maatregelen aanvankelijk een idealistisch verlangen manifesteerden werden ze weldra noodzaak en beantwoordden ze aan een onweerstaanbare want door de kracht der omstandigheden gedicteerde behoefte van de revolutionaire leiders (*Discours* 464–465).

niet geformuleerd in het licht van morele, religieuze of zelfs strikt economische doelstellingen maar van een politieke imperatief van sociale cohesie. Nemen we het voorbeeld van de testeervrijheid. Volgens Portalis heeft de wetgever geen enkel belang bij het verbieden ervan; wel integendeel: hij kan alleen maar politieke munt slaan uit het feit dat concrete solidariteitsvormen versterkt worden door het eigenbelang der betrokkenen: 'L'intérêt, qui divise si souvent les hommes, ne doit-il pas être mis à profit, quand on le peut, pour les rapprocher et pour les unir?'. Zijn erfstellingen over de hand verwerpelijk omdat ze de belangen van de levenden opofferen aan die van voorbije en komende generaties – m.a.w. omdat ze conflicten tussen opeenvolgende generaties in de hand werken, dus een vlotte reproductie van de sociale verhoudingen hinderen en bijgevolg strijdig zijn met het belang van die maatschappij – een zekere testeervrijheid moet niettemin worden gevrijwaard daar ze politiek rendabel is. Het is bijvoorbeeld wenselijk dat een vader bij testament over een deel van zijn goederen kan beschikken ten gunste van bepaalde kinderen wanneer hun activiteit minder opbrengt dan die van hun broers: immers, 'là où le père est législateur dans sa famille, la société se trouve déchargée d'une partie de sa sollicitude'.²⁹ Trouwens, schakelt men de vrijheid volledig uit in zaken die op zo innige wijze samenhangen met affectieve relaties, dan zullen de mensen er alleen op uit zijn de wetten te ontduiken en zal fraudeursmentaliteit om zich heen grijpen. Het politiek argument is hier eens te meer doorslaggevend: wie teveel hooi op zijn vork neemt, schiet zijn doel voorbij. Op een algemener vlak moet de contractsvrijheid onderschreven worden: onbenoemde contracten zijn onontbeerlijk want de behoeften van de individuen (die in dit geval neerkomen op hun privébelangen en -relaties) zijn te complex om integraal door de wetgever gereguleerd te kunnen worden. Goede zeden en openbaar nut zijn de enige aanvaardbare motieven om contractsvrijheid te beperken. Voor het overige eist het belang van de maatschappij dat contractuele strategieën met het oog op de nastreving van individueel belang aanvaard worden.

29. Relatieve testeervrijheid van de vader ten aanzien van zijn kinderen en afwijkingen van gelijke verdeling van het erfgoed worden hier dus gelegitimeerd in verwijzing naar de vereiste van proportionele gelijkheid, een gelijkheid die rekening houdt met het verschil in behoeften. Wellicht speelt ook een andere – eveneens politieke – bekommernis mee: een al te verregaande versnippering van de gronden voorkomen.

Met betrekking tot zaken als interestlening en concurrentie bijvoorbeeld moet de vraag naar de morele toelaatbaarheid van dat belang wijken voor administratieve en utilitaire beschouwingen. Beheersbaarheid van het sociale vereist in zulke gevallen dat privé-belangen, eerder dan genegeerd, politiek gekanaliseerd worden.

Dit alles betekent niet dat de napoleontische wetgever afwezigheid van materieel belang in menselijke relaties zou uitsluiten: de schenking is een legitiem bestanddeel van het contractenrecht. Maar voor het heil van de samenleving verwacht hij toch meer van welbegrepen eigenbelang dan van onbesuisde belangloosheid: de bevoogdende procedures die de Code Civil voorziet ten aanzien van verkwisters en zwakzinnigen getuigen van wantrouwen ten aanzien van een vrijgevigheid die er vlug van verdacht wordt naar met het belang van de maatschappij onverenigbare verspilling te neigen. In theorie is vrijgevigheid op zich evenmin te veroordelen als geïnteresseerd gedrag en moet alleen worden afgewogen of en in welke mate ze politiek schadelijk kan zijn; in feite twijfelt men er niet aan dat ze gemakkelijk de goede orde en de maatschappelijke vrede kan bedreigen (niet alleen door verkwisting trouwens: ze kan een dekmantel zijn voor frauduleuze praktijken, dus voor onrechtmatige belanggennastrevings) en in die gevallen zal men ze zonder scrupules beteugelen. Voor verkwisters is verplichte bijstand van een gerechtelijk raadsman noodzakelijk niet alleen omdat het de plicht is van de maatschappij de burgers tegen zichzelf te beschermen maar vooral omdat zulks in het belang is van de maatschappij zelf: 'Le corps de la société a intérêt que ses membres ne se réduisent pas à un état qui les incite au crime, à ce que chacun ait un patrimoine qui devienne la garantie de sa conduite'. Omdat de passies en de ondeugden die aan de basis liggen van het buitensporig gedrag van de verkwister van aard zijn om de samenleving te verontrusten is het verantwoord dat hem van overheidswege de beschikking over zijn eigendom ontnomen wordt. M.a.w. in bepaalde gevallen legitimeert het belang van de maatschappij meer dan regulatie van het gebruik van eigendom alleen: soms vereist het dat men de beschikking erover verbiedt.³⁰

30. *Discours* 509–511, 514, 520–521; *Rapports* 266–267, 373, 409.

4. *Belangenafweging*

Een belangrijke en frequente implicatie van politieke manipulatie en kanalisering van eigenbelang – en van zijn stuwende kracht – is de onderlinge afweging, zowel door wetgever als door rechter, van tegengestelde belangen van individuen. Afwezig zijn bijvoorbeeld verdienen wettelijke bescherming van hun belang tegen dat van derden: dit is niet enkel het geval wanneer ze afwezig zijn omwille van het belang van de republiek – een verre van irrelevante beschouwing in de context van de napoleontische oorlogen –, ook wanneer ze om redenen van eigenbelang afwezig zijn is een vorm van rechtsbescherming vereist die dat belang vrijwaart voor hunnerzijds nadelige aanspraken van verwanten of andere belanghebbenden. Nastreven van evenwicht tussen individuele belangen is ook een argument om echtscheiding wegens onverenigbaarheid van karakter te verwerpen. Die zou immers alleen in het belang zijn van een der partijen en dat van de partner die geen scheiding vraagt of wenst miskennen (al naargelang het geval zou de echtgenoot zijn vaderlijke macht verliezen, de vrouw haar eer, het kind de liefderijke zorg van een van beide ouders). Evenwicht tussen de belangen der gezinsleden eist verder dat echtscheidingszaken niet door familieraden maar door de rechter beslecht worden: het standpunt van verwanten kan immers al te zeer gedomineerd worden door partijdige belangen. Het hoofdargument pro tussenkomst van de rechter in echtscheidingszaken is evenwel, reeds bij Portalis, het belang van het kind.³¹ Men kan dus niet beweren dat de wetten echtscheiding echt toelaten in de zin dat ze onvoorwaardelijk zouden instemmen ermee: ze beperken zich ertoe te voorkomen dat misbruik kan worden gemaakt ervan, d.w.z. ze beletten dat de in-

31. Dat het belang van het kind in de focus komt te staan heeft volgens Portalis ook deels te maken met een trend tot verzachting van de zeden. Het vereiste van vaderlijke instemming met het huwelijk bijvoorbeeld manifesteerde in vroeger tijden de eenzijdige macht, een soort eigendomsrecht eigenlijk, van het gezinshoofd over de kinderen; die gedachte aan een onvoorwaardelijke macht is nu verdwenen: de instemming wordt veeleer geïnspireerd door een behoedzaamheid en liefderijke zorg in het teken van het belang der kinderen en derhalve wordt ze inhoudelijk bepaald door beide ouders. Ook de maritale macht impliceert niet langer kritiekloze bevestiging van het eigenbelang van de man: verzachting van de zeden brengt mee dat ze nu veeleer een plichtkarakter krijgt en in het teken staat van bescherming van de vrouw (*Rapports* 170–171, 203–205).

dividuele wil (het belang van een der partijen of zekere betrokkenen) regel zou worden in die kwesties. Daarom moeten er gegronde redenen zijn en moeten ze ook door de rechter geëvalueerd worden. Morele imperatieven staan hierbij niet voorop – men kiest geen standpunt ervoor of ertegen – maar menen dat afweging van de individuele belangen van de betrokkenen nu de doorslag geeft zou evengoed een verkeerde inschatting zijn: kan men die belangen niet ignoreren of onderdrukken, men kan ze toch trachten te kanaliseren in een optiek van stabilisering van de sociale verhoudingen; politieke beheersbaarheid ervan is eens te meer de prioritaire doelstelling. De afwijzing van frivole motieven als oorzaak van echtscheiding en de omschrijving van gegronde redenen zijn een resultaat van transactie in het belang der samenleving: ‘dans le système proposé, quelques individus seront malheureux: mais le mariage n’est pas seulement institué pour les époux. L’époux n’est là que le ministre de la nature pour perpétuer la société’. M.a.w. afweging van individuele belangen gaat niet zonder onderlinge afweging van privé- en algemeen belang: vrijwaren van het laatste impliceert en vereist dat men evenwicht nastreeft tussen de eerste maar ook dat dat evenwicht in het teken van het maatschappelijk belang gedefinieerd wordt.³²

Men kan zich tevens afvragen of de voorstelling van het belang van het kind als hoofdmotief voor tussenkomst van de rechter in echtscheidingszaken geen alibi is voor toezicht op privébelangen in het teken van het belang van de maatschappij. De stellingname van Portalis pro legitimatie door opvolgend huwelijk zou wellicht eveneens als een symptoom hiervan gelezen kunnen worden. Die regeling, stelt Portalis, dient beter de belangen van het kind en die moeten hier primeren op de staatsraison die alles opoffert aan het belang van de globale maatschappij. De indruk wordt dus gewekt dat het laatste geen voorrang moet krijgen wanneer zulks niet nodig is. Maar het standpunt volgt ook uit het feit dat hij in dit geval

32. Meer in het algemeen geldt volgens Portalis dat elke hervorming van het burgerlijk recht een resultaat zal zijn van transactie tussen divergerende privé-belangen en maatschappelijk belang. Immers, de individuen, in de mate dat ze belangstelling opbrengen voor de stand of wijzigingen van dat recht, zien de discussie erover in het licht van hun persoonlijk profijt, zonder oog te hebben voor de benadeling van anderen die hiervan het gevolg zou kunnen zijn. De wetgever moet zich dus een weg banen door die botsende belangen en evenwicht instellen ertussen, in functie van het openbaar belang (*Rapports* 93).

geen tegenspraak ziet tussen beide; meer zelfs: dat kinderen geboren uit een putatief huwelijk legitiem geacht worden is in overeenstemming met de 'behoeften van de maatschappij'. Verwerping van legitimatie zou juist sociale onrust en dus onbeheersbaarheid van de sociale verhoudingen in de hand werken, m.a.w. in strijd zijn met het (welbegrepen) belang van de maatschappij. Regulatie van privé-belangen is dus op de eerste plaats een politieke kwestie veeleer dan dat ze moralisering of 'correctie' ervan beoogt. Eenzelfde optiek spreekt dan weer ten nadele van gelijke behandeling van natuurlijke en wettige kinderen: zoiets wordt nu in strijd geacht met het belang van de maatschappij, want het zou de legitieme familiestructuur ondermijnen die een onmisbare pijler is van een stabiele samenleving.³³

Het laatste voorbeeld toont overigens dat de vaak van marxistische kant geuite bewering dat de Code Civil zich blind zou maken voor ongelijkheden of deze systematisch zou maskeren niet opgaat. Afgezien van de discriminatie tussen wettige en natuurlijke kinderen stelt het napoleontisch wetboek een aantal openlijk inegalitaire statuten in, om te beginnen in zo centrale materies als de relaties tussen geslachten en leeftijdscategorieën – hierdoor afstand nemend van de trend tot afschaffing van de ongelijke behandeling van wettige en natuurlijke kinderen en van de vaderlijke macht die opgang maakte onder de revolutionaire periode –, maar ook, in de contractuele verhoudingen, tussen ondernemer en werknemer.³⁴

Portalis ziet trouwens helemaal geen probleem in ongelijkheid. Mensen komen niet als gelijken ter wereld, noch qua grootte, noch qua kracht, noch qua ondernemingsgeest en talent. Ongelijkheid is dus een natuurlijk gegeven dat op zijn beurt, in samenspel met toeval en spontane ontwikkelingen, sociale ongelijkheden in het leven roept. De vrees dat rijkdom en sociale ongelijkheid tot misbruiken zouden leiden is trouwens ongegrond. Zonder deze zou er

33. *Rapports* 346, 351–352, 355, 361–362; *Discours* 497, 499, 501, 506, 522.

34. Zie F. EWALD, *Naissance du Code Civil*, Parijs, Flammarion, 1989, blz. 365–367. Naast de normaal voorkomende statuten van ondergeschiktheid – minderjarige, gehuwde vrouw – zijn er overigens nog een hele reeks uitzonderingsstatuten: onder curatele gestelden, volwassen ongehuwde vrouwen en niet hertrouwde kinderloze weduwen, individuen op wie de burgerlijke dood van toepassing is, vreemdelingen, afwezigen, behoeftigen zonder vast domicile, enz. (cfr. A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, blz. 60 e.v.).

geen ruimte zijn voor de menselijkheid, de liefdadigheid en het medelijden die die ongelijkheid verzachten en compenseren. Wederzijdse behoeften en druk van de omstandigheden scheppen meer banden tussen arme en rijke dan alle utopische waanbeelden bij elkaar zouden kunnen verbreken. Het heeft geen zin natuur en noodzaak te willen corrigeren bij menselijk decreet (*Rapports* 213–214).

Maar toch, roept de Code Civil openlijk inegalitaire statuten in het leven, van de andere kant toont ze zich minder veeleisend ten aanzien van bepaalde groepen, omwille van hun zogenaamde zwakheden of specifieke behoeften (vrouwen, kinderen, bejaarden), en soms snelt ze in contractuele relaties de zwakkere ter hulp om het evenwicht tussen de partijen te herstellen, komt ze dus ook tussenbeide om een zekere feitelijke gelijkheid te bewerkstelligen tegen de ongelijkheid van talent en intelligentie in.

In dit verband houdt Portalis uitvoerige pleidooien voor de nietigverklaring wegens benadeling. Zijn argument is dat de wetgever, in het geval van de koopovereenkomst, niet alleen privé-belangen beschermt maar evenwicht ertussen moet nastreven. Immers, als het privé-belang de oorzaak is van dat soort contracten dan moet ook worden nagegaan of de termen ervan een reëel dan wel denkbeeldig belang tot uitdrukking brengen en of er proportionaliteit bestaat tussen de belangen. Men moet een zekere equivalentie in acht nemen tussen de waarde en de prijs van de zaak. Die waarde is weliswaar niet strikt meetbaar maar ze wordt onderkend door de 'opinion commune'. Beschouwt men mensen en dingen op hetzelfde tijdstip, op dezelfde plaats en in dezelfde omstandigheden, dan blijkt er weinig verschil te zijn tussen situatie en behoeften van de massa van de kopers en verkopers; die gemeenschappelijkheid roept een coerante prijs, ondersteund door een soort doorsnee-opinie, in het leven: hij is het billijk en onoverdacht resultaat van de strevingen en belangen van allen en dus de juiste prijs. Een contractueel bedongen prijs kan hiervan sterk afwijken vermits in dit geval strikt individuele omstandigheden en beschikkingen meespelen. De wetgever nu moet, wanneer hebzucht enerzijds en noodzaak anderzijds de termen van het contract ontregelen, tussenbeide komen om te beletten dat men teveel afwijkt van de gewone prijs, zodat het evenwicht tussen de belangen der partijen gevrijwaard blijft. Soms is het verantwoord dat hij het individu niet alleen tegen derden maar ook tegen zichzelf beschermt. Zeker, volwassenen

worden in de regel geacht rijp genoeg te zijn om zelf over hun belangen te waken. De wetgever mag zich echter niet ontveinzen dat de gelijkheidsregel, in het licht van de ongelijke talenten en intelligentie waarover individuen beschikken, slechts een verzinzel is van het burgerlijk recht; de vaststelling van de volwassen leeftijd is trouwens evenzeer een juridische fictie: het betekent niet dat men van de ene op de andere dag een verstandig en ervaren mens zou worden. In geval van al te apert onevenwicht tussen partijen moeten handicaps erkend en gecompenseerd worden. Trouwens, mate-loos streven naar verrijking ten koste van anderen kan nimmer een legitieme behoefte zijn. Ook hier echter staat evenwichtsstreven niet louter in het teken van het belang der partijen: het dient op de eerste plaats het belang van de maatschappij. Immers, sluit men de ogen voor grenzeloze benadeling in contracten dan zullen de gevolgen dezelfde zijn als wanneer men bedrog de vrije teugel zou laten. Schroom en schaamtegevoelens zullen geen enkele rol meer spelen in het maatschappelijk verkeer, het recht van de sterkste zal zonder meer zegevieren. Gooit de wet elke moraal overboord dan valt de gehele maatschappij ten prooi aan demoralisatie. Het is dus in haar belang dat de wetgever de goede zeden ondersteunt door met die zeden onverenigbare benadeling te vrijdelen. Teugelloze benadeling is trouwens ook onverenigbaar met dat belang vanuit een oogpunt van politieke economie: deze impliceert dat een zekere equivalentie wordt gehandhaafd in de ruilrelaties. De bedenking dat het belang van de maatschappij de nietigverklaring wegens benadeling uitsluit omdat het de zekerheid van de eigendommen vereist, snijdt geen hout, want met dat argument kan men alle redenen tot nietigheid verwerpen. Dat belang vereist ook dat eigendom niet op onrechtvaardige en verraderlijke wijze verkregen wordt. Bovendien mag men het niet opvatten als een soort metafysische entiteit die boven de hoofden van de individuen troont en waaraan hun belangen onvoorwaardelijk worden opgeofferd: het impliceert evenwicht tussen de individuele belangen, kan niet zonder.³⁵

Het vereiste van belangenevenwicht impliceert dus dat het recht zich niet mag beperken tot het instellen van gelijkheid voor de wet zonder meer, i.e. het principe volgens hetwelk men individuen als formeel gelijk beoordeelt in weerwil van feitelijke verschillen. In

35. *Rapports* 257-274, 397-398, 408, 412.

bepaalde gevallen moet het die verschillen zelf en het bijzondere van situaties in rekening brengen om een relatieve feitelijke gelijkheid te vrijwaren. Het moet een zekere proportionaliteit eerbiedigen, zelfs in het teken van behoeftenbevrediging. Behoeften krijgen de waarde van een argument vooral wanneer het om weerloze schepselen gaat die niet in staan zelf te voorzien in hun levensonderhoud: in het geval van kinderen bijvoorbeeld ligt de ouderlijke plicht tot bescherming (voeding, beschutting) in de aard der dingen zelf; de vaderlijke macht moet in dit perspectief geplaatst worden. Met betrekking tot de alimentatieplicht, ook van kinderen ten opzichte van hun ouders, geldt eveneens dat ze op het principe van de behoefte berust: behoeftige familieleden moeten worden bijgestaan, ook als de wil van de debiteur van die bijstand om zich te verbinden ontbreekt. Maar dat argument kan mutatis mutandis worden uitgespeeld in relatie tot andere groepen, het kan dus gemakkelijk 'uitglijden'. Wat te doen bijvoorbeeld met weerloze armen die niet zelf kunnen instaan voor hun behoeftenbevrediging? Blijkbaar geldt dan niet alleen een beschermingsplicht vanwege verwanten maar ook, wanneer deze niet in staat zijn om in te springen voor behoeftige familieleden, een suppletieve bijstandsplicht vanwege de samenleving. Symptomatisch in dit verband is het feit dat Portalis het eigendomsrecht in de behoeften fundeert: 'L'homme naît avec des besoins; il faut qu'il puisse se nourrir: il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété'.³⁶ Gegrondvest op de behoeften, betreft eigendom zijn legitimiteit uit het recht op leven: het eigendomsrecht is 'aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver'. Maar is het niet gevaarlijk om eigendom af te leiden uit behoeften: impliceert zulks niet dat de maat-

36. Die fundering komt trouwens herhaaldelijk terug bij Portalis: 'L'homme, en naissant, n'apporte que des besoins; il est chargé du soin de sa conservation; il ne saurait exister ni vivre sans consommer: il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Il exerce ce droit par l'occupation, par le travail, par l'application raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces. Ainsi le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété' (*Rapports*, 209). 'Nos besoins physiques ne sont-ils pas l'unique preuve de notre droit à toutes les choses nécessaires à notre conservation et à notre subsistance? s'avise-t-on pourtant de contester ce droit ou de le révoquer en doute?'; de relatie tussen onze behoefte om gelukkig te zijn en ons recht op alle zaken die noodzakelijk zijn voor dat geluk is onmiskenbaar (*Usage I*, 189).

schappij moet tussenbeide komen om een vervangend eigendom te garanderen aan paupers die niet in staat zijn om zelf hun behoeftenbevrediging te verzekeren? Het mag dan zo zijn dat het algemeen belang geen eigendomsrecht van de overheid over de goederen van de burgers impliceert en dat de Staat, als hoogste bestuurder van dat belang, alleen het gebruik der eigendommen moet regelen; tegelijk incarneert de wetgever de regel en de maatstaf die het voor het gemeenschappelijk belang onontbeerlijk nastreven van een bezonnen compromis tussen alle individuele belangen moeten regeren en blijkbaar impliceert zulks de erkenning van belangen ook wanneer deze niet rechtstreeks steunen op rechten en niet voortvloeien uit verdienste of talent.³⁷ En is het eigendomsrecht voor Portalis een instelling die rechtstreeks uit de natuur voortvloeit, en de manier waarop het wordt uitgeoefend slechts een verlengstuk en gevolg van het recht zelf, dat betekent niet dat eigendomsregels in de natuurtoestand te vinden zijn. Die toestand wordt immers beheerst door het recht van de sterkste. De natuurverankering van het eigendomsrecht moet dus in die – restrictieve – zin worden begrepen dat de mens, daar hij voor vervolmaking vatbaar is, naar een maatschappelijke orde tendeert die als enige het recht in eigenlijke zin fundeert. In die orde wijkt de brute, blinde en anderen ignorerende behoefte voor bedachtzame regulatie van de bevrediging van ieders behoeften en dus voor een gegarandeerd belangenevenwicht. De wetgever strijkt politieke winst op wanneer hij eerbied toont voor privé-eigendom: stabiliteit van het grondgebied en stabiliteit van het vaderland ondersteunen dan elkaar. Wie zijn eigendom koestert bemint ook de wetten die het beschermen; wie zulke wetten uitvaardigt bevordert dus niet enkel het geluk van individuen en afzonderlijke gezinnen, hij wekt ook daadwerkelijke burgerzin. Dat argument is echter omkeerbaar: wie verstoken blijft van eigendom zal zich afkeren van wetten die deze beschermen. Het argument impliceert dus – al wordt dat niet met zoveel woorden gezegd – dat de wetgever tussenbeide komt om bezitlozen een vervangende eigendom te waarborgen. Struikelsteen van een individualistische samenlevingsorde: het individueel eigendomsrecht is een sacrosankte instelling, maar omdat het in een

37. Daarbij komt dat Portalis bovendien, tegen de pretentie van het materialisme in, stelt dat individuele talenten en verdiensten niet in aanmerking komen voor berekening en onderlinge afweging (*Usage* I, 200).

drang naar individueel zelfbehoud geprojecteerd wordt eist die orde ook dat het geconsacreerd wordt in hoofde van allen en van elk individu afzonderlijk.³⁸

5. *Het twijfelachtig statuut van algemeen belang*

Rest ons tot slot nog een en ander te preciseren wat de relatie betreft tussen privé- en algemeen belang. In wat voorafging heeft die relatie zich reeds enigszins geprofileerd, voldoende in elk geval om de duiding volgens dewelke de ideologie van de Code Civil het algemeen belang systematisch zou opofferen aan het egoïsme van de individuen van de hand te wijzen. Zo kan Portalis wel beweren dat de Staat geen eminent eigenaar is van het grondgebied – van het revolutionair erfgoed is dan toch zoveel overeind gebleven dat hij zich nu eenmaal moet distantiëren van feodaal-absolutistische denkbeelden –, het neemt niet weg dat toch iets van de gedachte aan een algemeen recht over dat grondgebied aanwezig blijft: dat blijkt bijvoorbeeld uit het apart statuut van de mijnwetgeving maar ook uit het standpunt dat vacante goederen aan de overheid toekomen. Algemeen belang blijkt wel eens meer te kunnen impliceren dan regulatie van het gebruik alleen van eigendom: een soort ultiem beschikkingsrecht van de Staat erover.³⁹ Ons voorbeeld van daarnet – de onomzeilbaarheid van bijstandsbeleid – is zeker niet van aard om die diagnose te weerleggen. Fiscale politiek is trouwens een gemakkelijk middel om allerlei inbreuken te plegen en goed te praten op het sacrosancte eigendomsrecht. Zeker, ze impliceert niet dat alles gerechtvaardigd zou zijn. Ze bewijst dat het belang van de Staat zelf inwendige scheuren kan vertonen. De belangen van de fiscus en die van 'la police' zijn niet automatisch gelijklopend: het gevaar van tweespalt en van dominantie van de eerste is reëel. Zoiets wijst echter op kortzichtigheid van de machthebbers: immers, fiscale excessen hebben averechtse effecten, ze leiden tot daling van de overheidsinkomsten. Miskent de Staat het welbegrepen eigenbelang van de burgers, dan schaadt hij ook het eigen belang. M.a.w. kortzichtige machtsdrang veroorzaakt maatschappelijke wanorde, is in strijd met de eis van politieke beheersbaarheid der sociale verhoudingen en dus ook met het openbaar

38. *Discours* 485, 517–518; *Rapports* 202, 214–217, 231–232, 372.

39. EWALD, *Naissance du Code Civil*, blz. 264–265.

belang: macht ondergraaft dan zichzelf. Dat is iets anders dan algemeen belang: het welbegrepen eigenbelang van de overheid vereist eerbiediging hiervan en dit impliceert op zijn beurt dat het belang van de fiscus op nuttige wijze gecombineerd wordt met dat van het beleid, d.i. een ondergeschikt belang blijft. Privé-belangen verleiden ten profijte van het algemeen belang is m.a.w. een politieke kunst (*Discours* 515).

Vanuit dit politiek oogpunt zijn publieke en private sfeer echter tevens onafscheidelijk met elkaar verbonden: 'Il n'est point de question privée dans laquelle il n'entre quelque vue d'administration publique; comme il n'est aucun objet public qui ne touche plus ou moins aux principes de cette justice distributive qui règle les intérêts privés'. Regulatie van privé-verhoudingen op basis van de 'mechanica' van de belangen, van de interacties tussen die belangen, is een eminent politieke kwestie. En het is de zending van de politicus om de rol van wetgeving en rechtspraak in dit licht te concipieren. Dit alles betekent echter ook dat hij niet mag uitgaan van een *inhoudelijk gedefinieerd* algemeen belang dat de burgers hun gedrag dicteert. De godsdienstoorlogen hebben immers geleerd dat zoiets tot veel burgertwisten en bloedvergieten aanleiding kan geven en dat men met het oog op regulatie van menselijk gedrag beter een alternatief zoekt voor inhoudelijke (of goddelijke) voorschriften. Het door de wetten geviseerde algemeen belang zal zich bijgevolg herleiden tot het gemeenschappelijk belang, d.w.z. een belang dat alle individuen als individu delen, waarmee allen zich, afstand nemend van irrationele impulsen en kortzichtigheid, kunnen identificeren. In die optiek zijn individuele belangen in principe niet tegengesteld aan het algemeen belang: vaak valt het belang van een enkel individu samen met dat van allen; wanneer het in zulk geval zou worden opgeofferd aan een inhoudelijk, mysterieus staatsbelang dan zou dat individu zich terecht kunnen beklagen in naam van het algemeen belang. Van een tegenstelling tussen algemeen en individueel belang kan slechts sprake zijn wanneer het laatste de vorm aanneemt van een *particulier* belang, d.w.z. van een vooringenomen, partijdig belang dat de gelijkheidsregel miskent. M.a.w. het algemeen belang staat – in de regel althans – niet boven het welbegrepen eigenbelang van de individuen (hun leven, vrijheid, eigendomsrecht): het staat naast en tegenover kortzichtig egoïsme dat toe te schrijven is de invloed van vooroordelen, onwetendheid, blinde passies enz., m.a.w. aan empirische factoren die

onverenigbaar zijn met welbegrepen eigenbelang. Weliswaar is nu eenmaal niet te vermijden dat het algemeen belang geconfronteerd wordt met storende constellaties, conflicten die rijzen uit belangen die er eigenlijk geen zijn en die als zodanig steeds onvoorspelbaar zijn, niet op voorhand beheerst kunnen worden (vandaar de noodzaak van een rechterlijke functie).⁴⁰

De wetgever kan het zich dus niet veroorloven een bijzondere moraal op te dringen aan de burgers. We hebben het reeds gezien: de sfeer van het recht en die van de moraal mogen niet samenvallen, anders belandt men in tirannie. Toch betekent zulks niet dat de wetgever volledig verzaakt aan aanmoediging van de goede zeden. Het gezond verstand eist echter dat hij die bekommernis in tal van gevallen a.h.w. delegeert aan bepaalde soorten burgers. Vandaar bijvoorbeeld de erkenning van het vaderlijk gezag en van de vrijheid van het gezinshoofd. Immers, 'la famille est le sanctuaire des mœurs: c'est là que les vertus privées préparent aux vertus publiques; c'est là où les sentiments de la nature nous disposent à remplir les devoirs imposés par les lois'. De vader zal, gesterkt door de nabijheid van en de natuurlijke band tot de gezinsleden, de private deugden propageren die de enige waarborg zijn van de burgerdeugden; via de instandhouding van de familiegeest zal hij voorbeeldige staatsburgers kweken. Kortom, het gezinshoofd krijgt eigenlijk de functie toegewezen van intermediaire instantie tussen de overheid en de gewone enkeling.⁴¹

In andere gevallen zal de wetgever evenwel een meer directe greep uitoefenen over de zeden. We hebben reeds gezien dat het verbintenissenrecht geen vrijbrief mag betekenen voor teugelloos egoïsme. Zou men zo iets toelaten, dan zouden deugd en rechtvaardigheid moeten wijken voor 'les lâches combinaisons de l'intérêt' en 'les calculs du vice'. Contractuele stipulaties die strijdig zijn met openbare orde en goede zeden zijn ook strijdig met het belang van de maatschappij, dus nietig. Vooral wat betreft de huwelijkswetgeving, stokpaardje van Portalis, moet de wetgever nauwlettend toezicht uitoefenen over de zeden. Immers, in tegenstelling tot gewone maatschappen waar individuen soeverein beslissen over hun strikt private belangen is het huwelijk een maatschap waar de partijen stipuleren ten gunste van een instelling die van fundamenteel be-

40. *Discours* 477, *Usage* II, 108-109.

41. *Rapports* 104; *Discours* 522.

lang is voor stabiliteit en bestendiging van de samenleving (het is bijgevolg in het belang van de overheid dat ze om te beginnen de *verbreiding* ervan propageert). Politieke gemeenschap en menselijke soort zijn meteen betrokken in dat soort stipulaties: het publiek zelf is partij in huwelijkskwesties. Het huwelijk is dus een eminent politiek gegeven en de regulatie ervan een zaak van direct algemeen belang. Omdat het niet enkel particulieren maar meteen de gehele maatschappij raakt heeft het een publiekrechtelijke dimensie; in dit geval geldt wat ook voor het publiek recht geldt: afspraken die strijdig zijn ermee worden nietig verklaard. Regulatie van contracten is m.a.w. een kwestie van politieke opportuniteit: waar alleen privé-belangen in het geding zijn en het belang van de maatschappij slechts indirect en van verre geraakt wordt, is weinig of geen regulatie vereist; waar het algemeen belang daarentegen onmiddellijk in het geding is, is wel (soms verregaande) regulatie vereist. De eigen – semi-publiekrechtelijke – aard van het huwelijk verklaart bijvoorbeeld het instellen van beletselen omwille van verwantschap: naast het intrinsiek belang van de diversificatie der verwantschapsrelaties speelt hier immers ook het belang van de maatschappij bij het tegengaan van de corruptie der zeden in de schoot der families en bij het voorkomen van degeneratie van de soort.

De unieke aard van het huwelijk levert verder een bijkomende reden om echtscheidingszaken niet aan het oordeel van familieraanden over te laten: omdat met de echtscheiding een publiek belang gemoeid is komt het de rechter toe te oordelen en zodoende de goede zeden te ondersteunen en te bevorderen; verwanten daarentegen tonen zich vaak lichtzinnig en immoreel in dergelijke materies. Het algemeen belang neigt er m.a.w. toch wel eens naar samen te vallen met een substantieel belang: het objectief belang van de maatschappij bij haar zelfbestendiging en -reproductie, belang dat alleen door het overheidsgezag gedefinieerd en in de wetten belichaamd kan worden. Het belang van de maatschappij bij de regulatie van het huwelijk vertoont niettemin ook een historisch aspect. In maatschappijen in wording wordt de politieke betekenis van die regulatie vooral in termen van het belang van de verbreiding van de soort opgevat: het huiselijk bestuur neemt dan allures van strengheid en compromisloosheid aan. In ontwikkelde samenlevingen daarentegen speelt de wenselijkheid van bevolkingsgroei een minder uitgesproken rol: het belang van de maatschappij eist dan eerder een stabiele familie-ordering en een regulatie van de amoureuze

relaties die de verstoring ervan voorkomt; zulks impliceert noch intolerantie ten aanzien van soepeler vormen van huiselijk bestuur noch onvoorwaardelijke verwerping van echtscheiding.⁴²

Mag algemeen belang niet verward worden met substantiële waarden, en met het opdringen hiervan, het mag van de andere kant toch ook niet uitdraaien op onvoorwaardelijke miskenning van gewoontes, zelfs wanneer deze slechts door bepaalde groepen gedeeld worden. Onder het ancien régime huldigden diverse gemeenschappen ook verschillende gewoontes; deze waren dus particularistisch: ze namen de allure aan van voorrechten waaraan men als zodanig gehecht was; maar ze waren ook een dam tegen de grillen en de willekeur van het centraal gezag. Voorstanders van uniformiteit in de wetgeving zijn vlug geneigd om dergelijke particularismen met banbliksems te lijf te gaan. Het revolutionair experiment heeft echter geleerd dat het gevaarlijk is ze met dwang en geweld te willen elimineren, omdat men zodoende ook de eerbied voor het gezag ondergraaft en burgerlijke ongehoorzaamheid in de hand werkt. Portalis viseert hier, eerder dan gewoontes in de zin van gewoonterecht, vertrouwde omgangspatronen die de leef-situatie van locale of bijzondere gemeenschappen vorm geven. De verworteling ervan in tradities brengt mee dat ze niet zomaar in een oogwenk kunnen worden gesupprimeerd. De wetgever moet die gewoontes, voor zover ze geen ondeugden zijn, ontzien, ja zo mogelijk de wetgeving aanpassen eraan. De obsessie van revolutionairen om tabula rasa te maken met het verleden en hun roekeloze innovatiedrang getuigen daarentegen van passionele verblinding. De wetgever moet dus afzien van de ambitie een 'nieuwe mens' te maken, want dat is een waanbeeld: 'On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent ... et qui font qu'un peuple ... ne cesse jamais ... de se ressembler à lui-même'. Geen treffender karakterisering van de revolutionaire illusie dan die lapidaire diagnose van Portalis. Want inderdaad, door de opkomende generatie

42. *Discours* 490–491, 497; *Rapports* 138, 160, 194–197, 337, 386.

tegen de 'corrupte' volwassenen uit te spelen, m.a.w. precies door te doen alsof de mensheid bij elke generatie opnieuw begint, dacht men in staat te zijn een 'nieuw volk' te scheppen.⁴³

Die nadruk op het geworteld-zijn van menselijk gedrag in gewoontes en tradities is een andere manier om de bewering tegen te spreken dat het enkel door nastreven van eigenbelang zou worden gedicteerd. Als de wetgever gewoontes en tradities moet ontzien, dan is dat omdat mensen geen puur rationele wezens zijn. Ze laten zich veeleer door gewoontes en door indrukken leiden dan door redeneringen en axioma's.⁴⁴ Men kan ze dus niet regeren op basis van metafysische abstracties en koel beredeneerde maximes. Wie van individuen goede en deugdzame burgers wil maken mag geen heil verwachten van 'l'esprit de système' of van speculatieve theorieën. Het feit alleen reeds dat er wetten en straffen bestaan bewijst dat menselijk gedrag niet louter door de rede wordt bepaald. Maar wetten alleen volstaan evenmin om dat gedrag te regeren, want ze oefenen slechts een partiële en intermitterende invloed uit. Vandaar de nood aan dogmatische 'waarheden', aan rituelen, aan ceremoniën, aan gewoontevormende praktijken.⁴⁵ Immers, de doorsnee-burger heeft veel meer behoefte aan leiding dan aan bewijsvoering en het is veeleer efficiënter op zijn gevoelens te werken dan te pogen hem met redelijke argumenten te overtuigen. Gezag moet zich dan ook niet aanvaardbaar willen maken met behulp van rationele pleidooien, het moet veeleer 'indruk maken': immers, het is nooit te herleiden tot de rede en het hoeft ook niet bewezen te worden; beter is dat het verschijnt als een realiteit van bovenmenselijke oorsprong.

Wil men controle verwerven over de ziel van de mensen, dan moet men vooral hun zintuigen, niet zozeer hun verstand aanspre-

43. *Discours* 464, 466, 481-482.

44. Gewoontegedrag is per definitie onderleidend tot rationele fundering: '*l'habitude*, qui, pour les corps de nation, comme pour les individus, se compose des pratiques usitées et des idées reçues, fait que l'on ne remonte jamais à la source de ces idées et de ces pratiques: on ne voit rien au-delà de ce qui est établi, on croit avoir toujours senti ce que l'on sent actuellement, on n'ose jamais franchir les bornes de la coutume pour s'élever jusqu'à la nature.' (*Usage* I, 141)

45. Daarom ook is de religie bijvoorbeeld een veel betrouwbaarder steun voor de zeden dan welk filosofisch systeem ook en hoe helder ook de taal moge wezen die het gebruikt, '*tant il est vrai que les habitudes sont plus puissantes que les principes*' (*Usage* XCVI).

ken. Als mensen sociabel zijn, dan is dat veeleer op basis van hun affecties dan op basis van ideeën: zaken die tot hun gemoed spreken scheppen dan ook veel meer toenadering dan argumenten die zich tot hun geest adresseren. Daarom ook zijn spektakels zo belangrijk en zo onmisbaar: door de burgers bijeen te brengen rond plechtigheden, feesten, e.d. kan men hun passies beroeren, hun sensibiliteit opwekken, hun zintuigen, gemoed en verbeelding beïnvloeden; symbolen (standbeelden, decorum, 'sprekende' klederdracht, enz.) zijn een ander, even onontbeerlijk middel om via zintuiglijke indrukken de affecties van de mensen te wekken, hun 'geest te frapperen' en respect in te boezemen voor wetten en moraal. Sociale cohesie en stabiliteit zijn dus niet mogelijk zonder gemeenschappelijke rituelen, gevestigde en onbevraagde instellingen, bepaalde vormen van eredienst. Het laatste geldt trouwens niet enkel voor de religie in strikte zin: dat zelfs anti-religieuze of atheïstische doctrines niet buiten erkenning van die noodzaak kunnen wordt bewezen door de Franse revolutie; ook zij moeten hun toevlucht nemen tot een catechismus, tot priesters en rituelen, kerken en altaren oprichten voor de rede (cfr. de 'Fête de la Divinité' onder Robespierre). M.a.w. een politicus die het nut van al die zaken verwerpt, miskent niet enkel de kracht der gewoonte en de greep van zintuiglijke indrukken over wezens die nu eenmaal geen zuivere geesten zijn: hij ondergraaft zijn eigen positie. Wie de zeden van een volk wil beïnvloeden moet beseffen dat moraal geen denk-kunst is maar de kunst om goed te handelen en dat goede gewoontes de enige solide basis zijn voor dat handelen. Op hun beurt kunnen gewoontes slechts tot stand kunnen komen door (opleggen van) oefening en routineuze praktijken: liefde voor de deugd veronderstelt vanzelfsprekende, geïnstitutionaliseerde vormen van training en van praktische beleving van die deugd. Dit alles betekent eigenlijk dat de zeden vooral een geheel vormen van gebruikelijke passies; deze bepalen het karakter van een volk bepalen en zijn de stuwende kracht van zijn handelen.⁴⁶

De wetgever moet dus gewoontes en tradities ontzien, en uit wat voorafgaat is genoegzaam gebleken dat zulks impliceert dat onderschrijven van belangennastreving voor hem niet de enig geldende stelregel kan zijn. Hij moet rekening houden met vooroordelen, d.w.z. met de onpersoonlijke en kritiekloze aanvaarding van

46. *Usage* II, 158 e.v., 182, 186, 500, 507, 511.

bepaalde ideeën door het volk of door bepaalde groepen, en mag deze niet stelselmatig willen bestrijden want vooroordelen kunnen zowel feitelijke waarheden als dwalingen dekken.⁴⁷ Hij moet ook lessen trekken uit de ervaringen van het verleden en uit 'cette tradition de bon sens, de règles et de maximes qui est parvenue jusqu'à nous, et qui forme l'esprit des siècles'. Meer zelfs, op wetgevingsvlak moet de erfenis van het verleden waar mogelijk, d.w.z. voor zover ze kan worden aangepast aan huidige zeden en omstandigheden, bewaard blijven. Alleen de parasitaire planten moet men verwijderen; het overige heeft, juist door de tand des tijds te overleven, zijn degelijkheid bewezen. Zodoende zal de wetgever aansluiting vinden bij 'la tradition des lumières': die paradoxale formule suggereert dat, indien er sprake kan zijn van vooruitgang, deze dan toch in tradities verankerd blijft. De wetgever kan die vooruitgang niet ineens en met voluntaristische methodes opdringen; hierin verschilt ook zijn verhouding tot de waarheid van die van de metafysicus. Zeker, in bepaalde omstandigheden is vernieuwing wenselijk: al wat oud is, is immers ook ooit nieuw geweest en absolute trouw aan traditie is even onredelijk als radicale innovatiedrang; maar als de wetgever nieuwe wetten invoert, dan zal hij niet in het wilde weg ageren: hij moet zich laten leiden door bekommernis met hun levensvatbaarheid en hun duurzaamheid op het oog hebben.⁴⁸

47. In een ander verband laat Portalis zich veel negatiever uit over vooroordelen (maar er moet aan toegevoegd dat hij hier hun invloed op de morele wetenschappen viseert): 'Les préjugés sont les habitudes vicieuses de l'esprit, comme les vices sont les habitudes dépravées du coeur (...) les préjugés ont, à certains égards, le même caractère que les passions; ils imitent leur violence, ils produisent la même ivresse, ils obscurcissent la raison, et ils étouffent le sentiment comme les passions peuvent le faire; ils forment une sorte d'ignorance acquise, pire que l'ignorance naturelle; ils ne sont pas moins funestes à la vérité, que les passions ne le sont à la vertu' (*Usage I*, 141).

48. *Rapports* 68, 97; *Discours* 466; *Usage II*, 173. Naast de gewoontes van volk en locale gemeenschappen onderscheidt Portalis trouwens nog een andere gewoonte, die eigen is aan de rechters: gebaseerd op traditionele praktijken en stelregels, garandeert deze de continuïteit van de rechtspraak en ze heeft ook een matigende en regelende invloed op de politieke macht; alleen 'le progrès des lumières' kan hiertegen opwegen (*Discours* 472). De traditionele voorstelling van de historische rechtsschool als tegenpool van de ideologie van de napoleontische wetgever wordt hierdoor, nota bene, wel erg wankel.

6. Enkele bedenkingen tot besluit

Als een iets duidelijk geworden is in wat voorafging, dan is het wel dat het denken van Portalis niet uitblinkt door coherentie en rechtlijnigheid. Het vaak contradictorisch karakter ervan gaat uiteindelijk terug op het feit dat het zich inspireert aan uiteenlopende, grotendeels onverenigbare filosofieën. Enerzijds baadt Portalis, net als het gros van de intelligentsia van de Verlichting en van de Franse revolutie, in het klimaat van het sensualisme, anderzijds vormen traditionele gehechtheid aan aristotelisme en scholastiek, gekruid wellicht met jansenistische trekjes,⁴⁹ een zeker tegenwicht voor de materialistische antropologie die gempliceerd is in dat sensualisme. En al leidt het laatste, product van zijn opvoeding en vorming, tot manifest anti-utilitaristische stellingnamen, tegelijk laat Portalis zich onwillekeurig verleiden tot een duiding waarin menselijk gedrag gereduceerd is tot een mechanica van belangen, passies en behoeften en zich tot conditionering door de wetgever leent. Conditionering in de zin van manipulatie en kanalisering althans: dat de wetgever de menselijke gebreken en onvolmaakheden in het voordeel van het maatschappelijk geheel kan en moet keren is de utilitaristische – en op geen ogenblik te smoren – ondertoon van het verhaal.

Ik heb me de moeite bespaard om uitdrukkelijk te wijzen op de incoherenties en tegenspraken in de argumentatie van Portalis, omdat de lezer ze met gemak zelf kan ontwaren, maar ook omdat het mij van bijkomstig belang lijkt. Portalis koestert immers niet in het minst schaamte voor dat gebrek aan rechtlijnigheid: zegt hij zelf niet openlijk dat 'l'esprit de système' en dogmatische pretenties hem vreemd zijn? Dat zou er wel eens kunnen op wijzen dat zijn syncretistische stijl van redeneren – waarbij retoriek en bloemrijke formulering vaak de afwezigheid van rigueur verbergen – minder een kwestie is van intellectuele onmacht dan een bewuste en door-dachte attitude. Wellicht is Portalis een te grote opportunist en tacticus om zich tot een strikt deductieve manier van argumenteren te bekeren. Maar dat neemt niet weg dat zijn argumentatie zich ontplooit in het teken van een welbepaalde machtseconomie: in dit

49. Stelling die verdedigd wordt door A.-J. ARNAUD in zijn *Origines doctrinales du Code civil français*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, o.m. blz. 15 e.v., 58, 212–214.

opzicht vertoont ze wel degelijk een pragmatische coherentie, en dit lijkt me belangrijker dan manifeste tegenspraken.

Hierdoor behelst de juridische visie van Portalis meteen ook een groter sociologische relevantie dan de rechttoe – rechtaanoptiek van de utopische econoom. Het belang dat deze laatste voor ogen staat verwijst immers naar een generationaliseerd egoïsme dat inderdaad, idealiter gesproken, de verhoudingen van de warenruil karakteriseert. Maar de jurist wordt willens nillens met een veel complexere materie geconfronteerd, d.w.z. met een hele reeks verhoudingen ook waarin individuen niet als losse atomen tegenover elkaar staan en die allerlei elementen van ‘natuurlijke’ afhankelijkheid en hiërarchie behelzen, met een hoop toestanden en interacties die vanuit het oogpunt van individuele belangen nastreving ‘irrationeel’ zijn. Belang kan hij bijgevolg niet zomaar netjes aflijnen tegenover passies en het als alternatief ervoor presenteren of verdedigen. Hij wordt met de neus op een aantal constellaties gedrukt waarin de twee onlosmaakbaar met elkaar verweven zijn en van de andere kant sluit de complexiteit van de verhoudingen waarvoor hij staat uit dat de passies ooit volledig geabsorbeerd zouden kunnen worden door rationeel eigenbelang. Het – vermeend – pacificerend effect van dit rationeel eigenbelang op menselijke verhoudingen zal dus steeds beperkt blijven en daardoor wordt ondenkbaar dat de wetgever zichzelf overbodig zou maken of dat het recht een definitieve, onwijzigbare gestalte bekommt als weerspiegeling van een ‘natuurlijke’ marktorde. Spontaan-apolitieke zelfregulatie van de sociale verhoudingen verschijnt in dit perspectief voor wat ze is: een utopie. Die noodgedwongen confrontatie van de jurist met het complexe van de sociale realiteit maakt ons van de weeromstuit attent op het utopisch reductionisme geïmpliceerd in een econometische kijk op de sociale verhoudingen. Zeker, dit wil niet zeggen dat de jurist niet op zijn manier reductionistisch te werk gaat of dat de rechtstaal geen vervorming zou inhouden van het levensfeitelijke of dat het recht geen – overigens realiteitsvormende – ficties zou hanteren; maar het betekent op zijn minst dat het juridisch discours toch wel genoodzaakt is om rekening houden met een sociale zwaartekracht waarvoor het discours van het utopisch liberalisme moeiteloos de ogen sluit. Als de confrontatie tussen het verhaal van de rechtsgeleerde en dat van de econoom enig belang heeft, dan omdat het ons leert dat het eerste zich moeilijk verstaat met het utopisch verlangen; en, gelet

op de destructieve uitwerking van utopieën in de voorbije twee eeuwen, is dit onbegrip alles bij elkaar wellicht geen zaak die we hoeven te betreuren.

B. van Roermund

Filosofie en recht; de vrees van Portalis

De biografen van Portalis zijn eenstemmig van oordeel dat zijn kwaliteiten als jurist reeds vroeg werden gekenmerkt door een uitzonderlijk vermogen om de argumenten voor zijn standpunten en voorstellen niet te zoeken in spitsvondige verfijningen, maar juist in de diepte.¹ Het *Discours préliminaire* getuigt op vele bladzijden van deze 'voie nouvelle' in de juridische betoogtrant.

Het begint met een principiële bezinning op de sociaal-politieke condities die nodig zijn om het ontwerp van een Burgerlijk Wetboek tot zijn eigenlijke, juridische doel te voeren, onderscheiden van louter politieke instrumentaliteit. Dezelfde benadering wordt zichtbaar in het afwegen van de verhouding tussen wetgeving en rechtspraak, en dan met name in het beroep op het natuurrecht. Ook ten aanzien van huwelijk en echtscheiding, de verhouding tussen ouders en kinderen, het onderscheid tussen het maatschappelijk verkeer en de sfeer van de handel, de regeling van de erfopvolging tracht Portalis telkens te vertrekken vanuit fundamentele – wij zouden tegenwoordig wellicht zeggen 'rechtstheoretisch' beargumenteerde – beginselen en onderscheidingen, om vandaaruit de verdediging te voeren van concrete bepalingen en hun rechtsgevolgen. Men krijgt inderdaad de indruk dat in vergelijking met de Middeleeuwen de filosofie haar diensthuis heeft verruild: niet langer de godgeleerdheid maar de rechtsgeleerdheid is zij tot hulp. Het *Discours préliminaire* is, zou men geneigd zijn te zeggen, een filosofie van het Burgerlijk Wetboek. Het beargumenteert wat een Burgerlijk Wetboek uit zijn aard kan en moet zijn.

En dan is er die merkwaardige zin, juist wanneer de beschouwingen over wetgeving en revolutie, wetgeving en rechtspraak zijn

1. 'Une application large et intelligente des formes philosophiques aux causes les moins susceptibles en apparence de ce genre de développement, un dédain marqué pour les vaines subtilités de l'école (...) révélèrent la présence d'un esprit hors ligne (...).' A. BOULÉE, lemma 'Portalis (Jean-Etienne-Marie)', in J. Fr. Michaud (éd.), *Biographie universelle, ancienne et moderne*, t. XXXIV, Graz, Akad. Druck- und Verlagsanstalt, 1968, p. 135. Vgl. ook de biografie 'Notice sur la vie de l'auteur' door Portalis' zoon in *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique*, p. 5-6.

voltooid en vlak voor de uiteenzettingen over de verschillende hoofdthema's van het ontwerp beginnen: 'Zijn inzake instellingen en wetten de eeuwen van de onwetendheid het toneel der misbruiken, de eeuwen van filosofie en verlichting zijn maar al te vaak het toneel der buitensporigheden.'² Kennelijk is de filosofie niet zonder meer welkom. De filosofie met verlichtende aanspraken, de filosofie van de Verlichting zelf, is in de ogen van Portalis kennelijk niet vanzelfsprekend de filosofie van het recht.

Wat verwijt Portalis aan de Verlichtingsfilosofie en wat zet hij er tegenover? Wat is filosofie voor de jurist, voor de codificator Portalis? Dat is de hoofdvraag in dit opstel. Men kan die vraag op twee manieren interpreteren: als een vraag naar de favoriete filosofie van Portalis en als een vraag naar het statuut dat hij aan de filosofie ten opzichte van het recht toedeelt. Beide vragen hebben natuurlijk een zekere samenhang: het is zeer wel denkbaar dat het antwoord op deze tweede vraag vanuit het antwoord op de eerste afgeleid kan worden. Wanneer ik dan ook zeg dat ik mij vooral met de tweede vraag zal bezighouden en dus de samenhang enigszins zal verwaarlozen, dan ben ik een kleine verklaring schuldig. Die is eenvoudigweg deze, dat ik er niet in geslaagd ben een favoriete filosofie bij Portalis te ontdekken. Het is niet moeilijk aan te tonen, dat uit het opvallend gebruik in het *Discours* van formuleringen die aan Montesquieu dan wel aan Rousseau ontleend zijn, geen solidariteitsverklaringen met hun respektieve filosofische geschriften mag worden afgelezen. Portalis heeft er geen moeite mee om met dezelfde woorden iets geheel anders te zeggen dan deze vaderspost-factum van de Revolutie wilden. Maar wat is de filosofische bron van dat 'iets anders'? Ik heb haar niet kunnen vinden. Het lijkt alsof Portalis er zeer zorgvuldig voor waakt filosofisch ook maar enige kleur te bekennen. Men is geneigd aanknopingspunten te zoeken bij zijn vroege opleiding, waarin hij uitdrukkelijk koos voor de filosofie, en wel zonder dat hij theoloog wilde worden (wat uitzonderlijk was). Realiseren we ons dat die opleiding bij de Oratorianen geschiedde, dan zijn we geneigd te verwachten:

- dat Malebranche (1638–1715) een grote invloed zal hebben gehad;
- dat via Malebranche de nieuwe filosofie van Descartes toch minstens zo aanvaard zal zijn dat Portalis een louter beroep op de

2. *Discours*, p. 482.

aristotelisch geïnspireerde scholastiek niet voor zinvol zal hebben gehouden;

– dat het Jansenisme, dat door Malebranche op oorspronkelijke wijze bestreden werd, wel niet zijn sympathie zal hebben gehad, zeker niet als men daarbij nog bedenkt dat ‘het’ jansenisme (er zijn nogal variaties) een verzamelpunt werd van mensen die bepaald kritisch stonden tegenover zowel het Roomse pausdom als het Franse koningschap.

Maar er is alle reden met deze verwachtingen niet te koop te lopen. De waarschuwing van Arnaud om Portalis niet op grond van enkele citaten in de hoek van het natuurrecht te stoppen, kan ook op andere filosofische inspiratiebronnen van toepassing zijn.³ Op gezag van Lydie Adolphe⁴ neem ik aan dat Malebranche inderdaad prominent aanwezig is in de twee jeugdwerkjes uit de tijd bij de Oratorianen. Maar reeds in de beschouwing over het protestantse huwelijk is daar weinig meer van te merken. Wel is vast te stellen dat die beschouwing Portalis zo na aan het hart lag dat hij er bij de voorbereiding van de *code civil* ruim gebruik van maakte. Dat wijst er wellicht op dat zijn fundamentele overtuigingen reeds op vrije jonge leeftijd gevormd zijn. De vroeg optredende beperking van zijn gezichtsvermogen zal hem bovendien hebben verhinderd in latere jaren nog filosofisch werk te lezen. In de jaren van zijn ballingschap in Duitsland, toen hij in een vruchtbaar filosofisch milieu verkeerde, zal hij vooral via gesprekken en voorlezingen van filosofisch werk kennis hebben kunnen nemen. Er is overigens nog een goede externe reden om de invloed van Malebranche niet al te pertinent in te schatten: met name in Marseille was het Oratorium verre van een intellectuele *Reinkultur*. Naast de Cartesiaanse inslag van het Oratorium bestonden er genoeg kloosterlijke centra die zich nog volop met de scholastische filosofie en haar Aristotelische wortels bezighielden en waarmee de Oratorianen een levendige discussie onderhielden. Portalis nam daar intensief aan deel, zo meldt zijn zoon.⁵ Bovendien was er, wat het jansenisme betreft, ook

3. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris, L.G.D.J. (1969), p. 57: ‘(...) le cas de Portalis est somme toute assez exceptionnel, et, de quelques références, on ne peut conclure, sans trop se risquer, à une influence directe de l’Ecole du Droit naturel moderne sur le *Code civil*. Retenons néanmoins l’esprit ouvert de celui qui en fut la cheville ouvrière.’

4. Portalis et son temps. ‘*Le génie de Napoléon*’. Paris, Sirey (1936), p. 94.

5. ADOLPHE, *Ibid.*, p. 13.

hier toch in zoverre een band dat ook de Oratorianen teruggrepen op het gedachtengoed van Augustinus. Ik waag te veronderstellen, dat Portalis van vele filosofische stromingen kennis genomen heeft – ook de zeventiende- en achttiende-eeuwse auteurs van het moderne natuurrecht waren hem vertrouwd – en ervoor open stond, maar ook dat hij tot alle een zekere afstand bewaarde om zijn juridische blazen niet te besmetten met al te traceerbare vooringenomenheden of al te complexe strijdpunten.⁶ Die veronderstelling laat zich in ieder geval buitengewoon goed verenigen met zijn bijna neurotische achterdocht tegen elke vorm van filosofische 'systeem-bouw'.

Vandaar dat ik mij concentreer op Portalis' verhouding tot het filosofisch denken vanuit een meer intern perspectief en de vraag stel welk statuut Portalis als rechtsgeleerde aan de filosofie toekent. Kort aangekondigd is het antwoord dit: Als de filosofie de pretentie met zich mee voert een afstand te kunnen aanbrengen van het denken tot de traditie, de beproefde praktijk, het gezag van de levenservaring en zo zichzelf te presenteren als het licht van de rede (kritiek) op al die ondoordachte feitelijkheid, dan lijkt ze voor Portalis de onbezonnenheid en de onmatigheid van het revolutionaire geweld te weerspiegelen. Dan deelt ze in het onvermogen van datzelfde geweld om ook maar een begin van burgerlijke rechtsvorming tot stand te brengen. Als ze daarentegen berust op onmiddellijke, intuïtieve ervaring met de natuur der dingen zelf in de maatschappelijke verhoudingen, dan is zij de rechtsbron bij uitstek.

Op de achtergrond spelen andere vragen, vragen van meer algemene en meer pertinente aard. *Geldt* de kritiek van Portalis? Geldt die kritiek *nog altijd*, als we ons realiseren dat het concept van de Verlichtingsfilosofie ook tegenwoordig nog dikwijls model staat voor de filosofie als zodanig? Of ligt het omgekeerd: is de kritiek misplaatst, ingegeven door de geslotenheid en de afstand die het recht ten opzichte van de filosofie wil bewaren? Gaat het haar vooral om een retorisch effect, dat bij de inrichting en de handhaving van een rechtsorde politiek nuttig gemaakt kan worden? Is die strategie een verschijnsel dat we *nog altijd* kunnen waarnemen? Of ligt het nog ingewikkelder: is het juist de filosofie die een rechtssysteem noopt tot het soort van uitdrukkelijke verantwoordingen waarmee

6. Ik geef mijn veronderstelling graag op wanneer een meer belezen iemand een eenduidige bron voor Portalis' denken kan aanboren.

het in zijn eigen zwaard valt? Niet al die vragen zullen uitdrukkelijk aan de orde komen.

Ik zal beargumenteren dat de kritiek van Portalis berust op een *eclectisch alternatief*: een vorm van filosofie betracht die gebruikt wat van haar gading is voor het bereiken van een vooropgesteld rechts-politiek doel. In de laatste paragraaf zal ik proberen te verklaren waarom Portalis' diagnose van de filosofie toch wel enigermate doel treft, ondanks de twijfel die men kan hebben bij de door hem aanbevolen remedie. Ik tracht daar ook de richting te wijzen waarin zowel de vrees van Portalis als de vrees voor Portalis gerelativeerd kunnen worden.

1. *Filosofie in het Discours preliminaire*

Wanneer we het *Discours* lezen met de zojuist geformuleerde vraagstelling in ons achterhoofd, dan zullen ons vooral twee dingen opvallen. Het eerste is dat Portalis uitgebreid ingaat op het juridisch *kenvermogen*: op wat voor kennis moet burgerlijke wetgeving berusten? Hoe komt die tot stand? Hoe verhoudt zij zich tot de juridische kennis van de rechter, die over afzonderlijke gevallen oordeelt? Hoe tot die van de rechtsgeleerde, die de algemeenheid van de wetten probeert te verrijken door systematisatie en verfijning tegelijk?

'Het is de taak van de wet om met verziende blik de algemene stelregels van het recht vast te leggen, om beginselen in te voeren die rijk aan gevolgen zijn, en niet om af te dalen tot detailkwesties die op elk gebied kunnen rijzen. Het is aan de rechter en de rechtsgeleerde om, doordrongen van de algemene geest der wetten, richting te geven aan de toepassing ervan. Vandaar dat men in alle beschaafde naties naast het heiligdom der wetten en onder het wakend oog van de wetgever een arsenaal ziet ontstaan van stelregels, beslissingen en leerstellingen dat dagelijks verfijnd wordt door de praktijk en door gerechtelijke debatten en confrontaties, dat voortdurend aangroeit onder invloed van verworven kennis en dat steeds beschouwd is als het ware supplement van de wetgeving.'⁷

Het tweede dat opvalt is Portalis' voortdurende verwijzing naar een constante juridische *kenbron*: de natuur. De beschouwingen over huwelijk en gezin zijn daarvan het duidelijkste voorbeeld,

7. *Discours*, p. 470.

maar ook die over de eigendom en over het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht getuigen ervan. Blijkbaar is het recht niet zomaar een stel wilsverklaringen vanwege een bevoegde rechtsvormer. Eerder is het een veelvormige, maar samenhangende vertolking van een stem die aan alle wilsuitingen voorafgaat.

‘Ongetwijfeld zou het wenselijk zijn dat alle zaken door wetten geregeld zouden kunnen worden. Maar bij ontstentenis van nauwkeurig voorschrift over elke afzonderlijke materie wordt de plaats van de wet ingenomen door een oud, vast en bestendig gebruik, een ononderbroken reeks van gelijksoortige beslissingen, een alom aanvaarde mening of stelregel. Wanneer niets van wat aanvaard of bekend is richting kan geven, wanneer het om een volstrekt nieuw feit gaat, grijpt men terug naar de beginselen van het natuurrecht. Want, is de vooruitziendheid van de wetgever beperkt, de natuur kent geen beperkingen; zij is van toepassing op al wat mensen kan aanbelangen. Dat alles veronderstelt compilaties, verzamelingen van wetteksten, tractaten, tal van volumina waarin de resultaten van onderzoek en studie bewaard zijn.’⁸

Op het eerste gezicht klinken deze zinnen verrassend overtuigend en zelfs modern, ondanks het ietwat archaïsche taalgebruik. Samen met de bekende passage over de ‘honderdeneen vragen’ die op de rechter afkomen zodra er een algemene regel van wet is gesteld, behoren zij dan ook tot de meest geciteerde frasen van het *Discours*. Maar zijn deze zinnen wel zo aanvaardbaar als op het eerste gezicht schijnt? Er is misschien nog een derde zaak die opvalt, nu we de twee vorige ieder met een uitgebreid citaat hebben geïllustreerd: de twee citaten convergeren. Ze komen samen in een pleidooi voor de onontbeerlijkheid van de rechtsgeleerdheid bij het functioneren van de wetten, en eigenlijk ook van de rechtsspraak.⁹ In het eerste citaat wordt die onontbeerlijkheid verwoord waar sprake is van de rechtsgeleerdheid als het *supplement* van de wetten. Welnu, in het tweede citaat blijkt dat supplement van de wetten niets meer of minder te zijn dan plaatsbekleding of *vertegenwoordiging*: representatie van telkens hogere wetten, uiteindelijk van de

8. *Discours*, p. 471.

9. Dat laatste blijkt uit de passage over het gezag van de rechter in vergelijking met ‘Turkije’ (*Discours*, p. 472): ‘bij ons’ is de rechter een *rechtsgeleerde*: iemand die observeert, discussieert, argumenteert, kritiseert.

hoogste wet, de natuur. De rechtsgeleerde moet ervoor zorgen dat elke wet uiteindelijk die hoogste wet representeert. Of nog anders gezegd: dat elke wet alleen maar een betekenis heeft in zoverre die er door een verborgen hogere wet aan verleend wordt.¹⁰ Dat die betekenis zou worden gesticht door een kritische *ondervraging* van de wet – en dat hier een mogelijke ‘supplementaire’ rol zou liggen voor rechter, rechtsgeleerde, empirische wetenschapper, filosoof – dat lijkt door Portalis bij voorbaat te worden uitgesloten. Dat juist *in* en *door* de kritische ondervraging van de wet een samenlevingsorde in politieke zin zou ontstaan, dat is voor hem onvoorstelbaar.

Vandaar dat er alle aanleiding bestaat om zich af te vragen of de verrassend moderne zinnen bij Portalis wel zo overtuigend zijn. Die vraag klinkt onschuldiger dan ze is. Eigenlijk vraagt zij naar de verklaring waarom in de moderne tijd de formuleringen van Portalis hun aantrekkingskracht kennelijk niet verloren hebben. Kunnen wij wel anders denken dan Portalis? En zouden we dat onvermogen om anders te denken niet onderschatten, als we menen met enkele welgekozen citaten uit Portalis onze hedendaagse opvattingen te kunnen larderen? Zouden we onszelf niet voor de gek houden door het hoofd te schudden bij zijn gedateerde opvattingen over huwelijk en gezin, maar geestdriftig te knikken bij wat de kern van zijn juridische benadering uitmaakt? Kan de jurist zichzelf anders denken dan in de positie waarin Portalis hem situeert? Zo niet, betekent dat dan niet dat er twee soorten van rechtsfilosofie zijn: *legal philosophy* en ... *illegal philosophy*? Zo ja, kan hij zich dan nog mengen in concrete juridische geschillen en de rechtsbelangen van de ene of de andere partij verdedigen?

Er is daarom niet in de eerste plaats aanleiding om het al dan niet moderne van Portalis te evalueren en daar al dan niet kritisch afstand van te nemen. Als die kwestie in al haar verstrekkendheid al aan de orde moet komen, dan toch pas nadat de vooronderstellingen omtrent filosofie in de argumentatie bij Portalis zijn onderzocht. Dat onderzoek zal terug moeten keren naar onze eerste vaststelling: de twee zaken die ons opvallen bij de lezing van het *Discours*, betreffende juridisch kenvermogen en juridische kenbron, dienen uitgediept te worden. Dat voert ons naar de meer algemene

10. Het is onvermijdelijk hier te verwijzen naar DERRIDA's fraaie analyse van Kafka's *Vor dem Gesetz*: 'Préjugés. Devant la loi', in: J.DERRIDA e.a., *La faculté de juger*, Paris, Ed. Minuit, pp. 87–139.

opvattingen van Portalis over kennis, over recht en over de plaats van de filosofie binnen die thematiek.

2. 'Esprit philosophique' en filosofie

De bedenkingen tegen de Verlichtingspretentie van de filosofie zijn bij Portalis meer dan een voor de politieke gelegenheid (de aanbidding van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek) gekozen passend refrein. Hij heeft deze uitgebreid verantwoord in een lijvig boekwerk dat reeds geschreven (zij het niet gepubliceerd) was toen hij tot het werk aan het Ontwerp werd geroepen: *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique*. De lezing van dat boek zal ons wellicht in staat stellen licht te werpen op de wijze waarop in het *Discours préliminaire* de filosofie wordt gebruikt in haar relatie tot het recht.¹¹

Niet voor niets spreekt Portalis in de titel van zijn zojuist genoemde werk van de 'esprit philosophique'. We kunnen dat het best vertalen met 'de filosofische denktrant'. Die denktrant wil Portalis onderscheiden van 'filosofie'. Filosofie, dat is òf praktische levenswijsheden, òf een samenstel van disciplines zoals logica, (meta-)fysica en moraal. De filosofische denktrant daarentegen omvat meer. Het eerst dat Portalis erover zegt (talloze kenmerken worden later toegevoegd) is dit: het is 'een manier van kijken naar de dingen, een rijpheid van oordeel, die verlichte mensen onderscheidt van niet-verlichte'.¹² In die zin is de filosofische denktrant dus niet de naam voor een bezigheid die iedereen wel eens beoefent als men er voor in de stemming is; ook niet de naam voor een academische onderneming waarmee enkele zonderlingen zich beroepshalve bezighouden; neen, het is de aanduiding die 'de mensen', alle mensen, in twee groepen verdeelt: zij die het licht hebben gezien en zij die in duisternis zijn.

Laten we de toelichting nog even volgen.

'De filosofische denktrant zoals ik hem opvat, is de oogopslag van een geoefende rede. Hij is voor het verstaan wat het geweten is voor het hart. Ik bepaal hem als een geest van vrijheid, van onderzoek en van verlichting; een geest die alles wil zien en niets wil

11. Zie *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*. Ik citeer het werk volgens de uitgave bij Moutardier en Balland, Paris, 1827, en wel als *Usage* met aanduiding van het deel (I of II) en het paginanummer.

12. *Usage* I,2.

veronderstellen, die methodisch optreedt, die met onderscheiding te werk gaat, die elk ding inschat op basis van de principes die eraan eigen zijn, onafhankelijk van gevestigde opvattingen of gebruiken; een geest die niet blijft staan bij gevolgen, maar teruggaat naar oorzaken, die in elke zaak alle relaties uitdiept om te zien wat er uit voortvloeit, alle delen combineert en tot een geheel verbindt; een geest, tenslotte, die het doel, de omvang en de grenzen aangeeft van alle vormen van menselijke kennis en die als enige deze tot de hoogste graad van nuttigheid, waardigheid en volmaaktheid kan voeren’.

‘De filosofische denktrant verschilt wezenlijk van de filosofie in enge zin; want de filosofie in enge zin is beperkt tot een orde van welbepaalde objecten. De filosofische denktrant is op alles van toepassing. Het is geen wetenschap, maar het resultaat van vergelijkende wetenschappen. Het is een soort universele geest, niet vanwege de verworven kennis, maar vanwege de wijze van kennisverwerving. Hij heeft geen betrekking op een of andere particuliere waarheid, maar is in alles uit op de waarheid als zodanig’.

‘De filosofische denktrant gaat uit boven de filosofie zelf, zoals de wiskundige denktrant boven de wiskunde uitgaat en zoals de kennis van de denktrant der wetten¹³ hoger is dan de kennis van de wetten zelf’.¹⁴

Deze filosofische denktrant is voor Portalis de denktrant van zijn eigen tijd: een verworvenheid die het resultaat is van een lange geschiedenis waarin het denken zich ontworsteld heeft aan de benauwende greep van werelds of kerkelijk gezag, traditionele opvattingen en gewoonten, maar ook aan de pure denkconstructies waarmee Descartes en de zijnen de werkelijkheid dachten aan te kunnen. De filosofische denktrant mag Descartes beschouwen als een pionier die wegtrok uit het dorre land van de Middeleeuwse filosofie, maar haar eigenlijke stichter is toch eerder iemand als Newton – de grondlegger van de moderne fysica. Observeren en vergelijken van feitenmateriaal, wetmatigheden formuleren en toetsen op basis van die zintuiglijk waarneembare gegevens, niet voortijdig grote systemen bouwen maar elke abstractie terugvoeren

13. Er staat ‘l’esprit des lois’ – een niet te missen verwijzing naar de titel en de inzet van het beroemde boek van Montesquieu.

14. *Usage* I, 2–3.

op ervaring van concrete dingen – dat is volgens Portalis de denktrant waaraan de eeuw van de Verlichting haar verworvenheden op alle terreinen dankt: de wetenschap, de techniek, de kunst, de politiek, de moraal, het recht. Door de handel met nieuwe werelddelen heeft dat observeren en vergelijken betrekking gekregen op de wijzen van samenleven die mensen blijken te kennen. Portalis zegt het Montesquieu na:¹⁵ het kompas – een uitvinding van wetenschap en techniek – heeft het universum geopend, de handel heeft het vermaatschappelijkt. De handel immers brengt de mensen bij elkaar, zet hen aan tot observatie en vergelijking van onderlinge verschillen die tot wederzijds voordeel benut kunnen worden. Sinds de Reformatie is er bovendien nog iets bijgekomen: er is een vaardigheid in argumentatie, discussie, kritiek en rechtvaardiging van uitgangspunten gegroeid, die in de tijd van de Verlichting tot volle bloei is gekomen.

Portalis prijst dus in eerste instantie de filosofische denktrant. Maar al spoedig zal blijken dat hij daar een buitengewoon kritische bedoeling mee heeft. De titel van het boek maakt dat duidelijk: de filosofische denktrant wordt niet alleen gebruikt, maar ook misbruikt. Portalis wil gebruik en misbruik onderscheiden. Daartoe schaart hij zich eerst onder het vaandel van de filosofie der Verlichting: hij bekent zich tot haar uitgangspunten, om vervolgens te laten zien dat die uitgangspunten tot heel andere conclusies moeten leiden dan die welke de Verlichting heeft getrokken. Hij speelt de filosofische denktrant uit tegen die denktrant zelf. Wat hij beoogt is een verlichting van de Verlichting.

Het is wel duidelijk uit welke hoek Portalis de grootste gevaren van de Verlichtingsfilosofen ziet komen: materialisme en atheïsme vormen de grootst mogelijke maatschappelijke¹⁶ bedreiging; en daarbij is dan het atheïsme een gevolg van het materialisme. Maar een maatschappelijk gevaar is nog geen filosofisch bezwaar. Portalis stelt zich dan ook de vraag wat de filosofische denktrant volgens haar eigen uitgangspunten onredelijk, want innerlijk tegenstrijdig maakt. Het antwoord op die vraag valt samen te vatten in zijn

15. Zie *Usage* I, 21. De passage komt ook voor in het *Discours préliminaire*. Zie p. 507.

16. Vgl. *Usage* II, hfdst. XXIV: de maatschappij kan niet zonder 'esprit religieux'. In nauwelijks bedekte termen voert Portalis hier een discussie met Rousseau. Diens 'religion civile' dient 'de geest van maatschappelijkheid' en is gebouwd op een afwijzing van het christendom. Portalis bestempelt het christendom als 'saine philosophie'.

constatering dat de filosofische denktrant *beweert* dat ze in de verwerving van kennis slechts stapsgewijs wil voortgaan op basis van de *ervaring* van de werkelijkheid, maar dat ze *in feite* voortijdig over die ervaring heengrijpt naar een *systeem* van denkconstructies dat ze voor 'de werkelijkheid' houdt. De 'esprit de système' is in wezen vreemd aan de 'esprit philosophique', maar is in feite haar bestaansvorm.¹⁷

3. Kennis

Het eerste gebied waarop Portalis die constatering wil waarmaken is de theorie over de kennis: wat kennen we, hoe kennen we, hoe beoordelen we kennis-aanspraken op hun houdbaarheid? Dat gebied is niet willekeurig gekozen: het is de hoeksteen van de moderne wijsbegeerte sedert Descartes en de basis voor het denken van de filosoof van de Verlichting bij uitstek: Kant. Ik zal de bedenkingen van Portalis op dit gebied niet gedetailleerd uiteenzetten en analyseren. Gedetailleerdheid bewaar ik voor een ander gebied: het betoog over de grondslag van recht en staat. Maar een korte weergave van de hoofdlijn in Portalis' opvatting over kennis is illustratief voor zijn wijze van redeneren.

De basiselementen van onze kennis¹⁸ zijn volgens Portalis enkel en alleen de onmiddellijke weergaven of sporen van afzonderlijke dingen in onze gewaarwording. Wij hebben het vermogen om die eenvoudige indrukken vast te houden (*idées simples*) en met ons verstand te bewerken:¹⁹ door analyse, abstractie en combinatie komen we tot algemene en samengestelde ideeën.²⁰ Deze laatste zijn echter uiteindelijk niets anders dan samenvattende benamingen voor een verzameling ervaringsgegevens. Betrouwbare kennis vindt dan ook zijn grond in de ervaring en nergens anders. Methoden van kennisverwerving beginnen bij het mobiliseren van ervaring in de vorm van geduldige en gedisciplineerde observatie, niet bij

17. Voor het eerst vindt men deze argumentatie – zij het nog enigszins verscholen – in *Usage* I, 36: de 'esprit philosophique' behoedt ons voor de 'esprit de système'. Vervolgens op p. I, 73vv: laten we de 'esprit de système' niet verwarren met de 'esprit systématique'. Dan is de basis gelegd voor een kritiek op de filosoof die Portalis kennelijk beschouwt als het grote dwaallicht van de Verlichting: Kant (*Usage* I, 89vv).

18. *Usage* I, 26vv.

19. *Usage* I, 88.

20. Zie ook de samenvatting van de kennistheorie op *Usage* I, 164 vv.

klaarblijkelijkheden die ons in het zuivere denken gegeven zouden zijn als materiële inhouden (Descartes) of formele ordeningsprincipes (Kant).²¹ Kortom, Portalis begint bij het meest strikte empirisme dat men zich kan voorstellen: ervaring is uiteindelijk passieve gewaarwording, zij het dat juist die passiviteit methodisch manipuleerbaar is.

Nauwelijks is dat uitgangspunt echter vastgesteld of het wordt in een onverwachte richting doorgetrokken. Beginnen bij de gewaarwordingen? Goed, maar dan ook bij *alle* gewaarwordingen: niet alleen die van de zintuigen maar ook die van de 'sentiments intimes', het innerlijk gevoel.²² Op dezelfde manier als de buitenwereld zich via de zintuigen binnendringt in het bewustzijn, zo dringt het innerlijk – als ware het een buitenwereld – zich in datzelfde bewustzijn binnen via het gevoel. Via dat innerlijke gevoel wordt de mens zichzelf gewaar als een denkend en willend (vrij) wezen.²³ Portalis onderscheidt dus twee registers van 'gewaarwording': 'sensations' via 'les sens' en 'sensations' via 'les sentiments', de eerste met betrekking tot de stoffelijke buitenwereld, de tweede met betrekking tot de innerlijke geestelijke wereld. Hij stelt dat voor als een gevolg van het uitgangspunt dat de filosofische denktrant zelf (en terecht) heeft gekozen: alle kennis wortelt in de gewaarwording. Zo kan hij de basis leggen voor zijn kritiek op het materialisme (dat alles tot stoffelijke buitenwereld wil reduceren) en op het atheïsme (dat een gevolg is van het materialisme). Dat hij daarbij denken en willen moet opvatten nu eens als operaties op gewaarwordingen, dan weer als objecten van gewaarwording, dat valt nauwelijks op en wordt op geen enkele manier nader beargumenteerd.

Portalis geeft voor te discussiëren met grote filosofen als Descartes, Leibniz, Spinoza, Helvetius, Kant. Maar eigenlijk gaat hij voorbij aan

21. Vgl. *Usage* I, 87: 'Descartes zei: "Ik denk, dus ik ben". De moderne metafysicus zegt: "Ik word gewaar". In I, hfdst. VII blijkt dat Kant voor Portalis niets anders heeft gebracht dan een herhaling van de 'aangeboren ideeën' van Descartes. Terecht merkt Lydie ADOLPHE dat Portalis op dit punt niet veel van de Duitse filosoof begrepen heeft. Zie *Portalis et son temps. 'Le génie de Napoléon'*. Paris, Sirey (1936), p. 108 en aldaar noot (2).

22. Vgl. *Usage* I, 79–80; 132–135.

23. Zie *Usage* I, 80: 'Ik ken door ervaring het bestaan van het gevoel aangezien ik het gevoel heb van te bestaan. De wil, de vrijheid, het denken zijn verschijnselen waarmee ik dagelijkse ervaring heb en die bewijzen dat ik een denkend, vrij en willend wezen ben.'

het grote probleem waarmee deze filosofen worstelden: hoe kennen we ons kennen? We kunnen onze kennis natuurlijk wel als een soort object voor ons neer leggen, maar welke garantie hebben we dat datgene wat we dan vaststellen ook geldt voor de ken-akt waarin we dat object (het kennen) kennen? Hoe kan kennen tegelijk aan de objectieve en aan de subjectieve kant gedacht worden? Portalis veronderstelt blijkbaar gewoon dat hier geen probleem is. De fysica van Newton is het bewijs dat kennis niet alleen mogelijk, maar ook methodisch uitbreidbaar en maatschappelijk belangrijk is. Portalis is niet van zins om zich – zoals Kant – druk te maken over de algemene en noodzakelijke mogelijkheden^{voorwaarden} van die kennis. Wat hem belang inboezemt is hoe zulke kennis *toepasbaar* is in zaken van recht, moraal en politiek. Dus kiest hij die voorstelling van filosofische zaken die het best past bij dat doel waar hij uit wil komen: het athesme moet de wereld uit, dus moet het materialisme in de ban, dus moet er een aparte geestelijke wereld zijn; maar die wereld moet wel toegankelijk zijn via gewaarwordingen, dus moet de waarneming worden uitgebreid tot het innerlijk gevoel. Deze eclectische betoogstrategie zullen we straks nogmaals aan de orde stellen.

4. Gezonde filosofie

De filosofische denktrant, zo zagen we, valt dikwijls ten offer aan het systeem-denken. Daarom moet haar in duidelijke bewoordingen de weg gewezen worden van wat Portalis door zijn hele boek heen noemt ‘de gezonde filosofie’. Wat houdt de filosofie ‘gezond’? In laatste instantie zijn dat twee ongrijpbare termen van de relatie die we ‘kennen’ noemen. Aan de kant van het kennend subject is dat de term ‘bon sens’. Aan de kant van het gekende object is het de term ‘nature’. Over beide moet nader gesproken worden.

‘Bon sens’²⁴ betekent niet zomaar ‘gezond verstand’, doch eerder ‘zuivere intuïtie’, een gevoeligheid voor de werkelijkheid die ontwikkeld kan worden door de filosofische denktrant, maar die er in wezen al aan voorafgaat. Het is een persoonsgebonden eigenschap, een psychisch vermogen eerder dan een wijsgerig begrip: op een schaal van volstrekte gekte naar een groot verstand staat degene met een zuivere intuïtie nog boven de getalenteerde en het genie.²⁵

24. Ook wel ‘l’esprit juste’; vgl. *Usage* I, 40 en 86.

25. *Usage* I, 86.

De zuivere intuïtie werkt niet alleen met grote indringendheid, diepgang en reikwijdte, maar gaat daar nog boven uit: zij overspant '... door een *plotselinge* lichtflits²⁶ en als door instinct de breedste kloven, omvat meer zaken *in één keer*, ziet *meteen* het verband tussen ver van elkaar liggende stellingen. Zij zoekt niet, maar raadt, voelt en ziet.²⁷ Bovendien weet ze bij alles de juiste maat in acht te nemen, en ... ze is van alle tijden en plaatsen.²⁸ Geen wonder dat Portalis deze 'esprit juste' van het grootste belang acht in zaken waarbij men op de tast moet voortgaan, zoals geneeskunde, politiek en recht. Geen wonder ook dat hij deze helemaal op het einde van zijn boek uitspeelt tegen wat dan heet 'le faux esprit philosophique', die alles in twijfel trekt en omverwerpt. De 'bon sens', zeg Portalis dan, 'conserveert', 'blijft binnen de grenzen van de traditie': zij is bij uitstek anti-revolutionair.²⁹ Dat moet ook wel, want 'we moeten geen wereld scheppen, maar de wereld waarin we wonen bestuderen'.³⁰ Bij die studie is de zuivere intuïtie de eerste en fundamentele stap. Maar met die stap is eigenlijk alles al gegeven. Kijken we nog een ogenblik terug naar alle predikaten waarmee de zuivere intuïtie vereerd wordt, dan is haar greep eigenlijk maar op één manier samen te vatten: ze is van een welhaast paradijselijke kwaliteit. Ze is alles wat kennis van oorsprong is, want ze kent alles in één klap door en door. Ze is een totale een *onmiddellijke, plotselinge en totale ervaring van de werkelijkheid in haar voorgegeven ordening*.

Is deze oorspronkelijke ervaring de bron van alle kennis, de totaliteit van al het gekende is *de natuur*. Uiteindelijk is alle wetenschap – zo zegt Portalis – natuur-wetenschap,³¹ niet alleen de natuurkunde of de scheikunde, maar ook de 'kundes' van recht, politiek en moraal. Dat wil niet zeggen dat 'de natuur' in haar totaliteit wetenschappelijk te articuleren is. Zij blijft uiteindelijk een raad-

26. '... par une soudaine illumination'; Usage I, 39. De uitdrukking verwijst naar Bossuet.

27. Cursivering van mij (BvR). Het gaat hier telkens om wat G. RYLE in *The Concept of Mind*, London, Hutchinson (1949) noemde: 'achievement verbs' (bijvoorbeeld 'vinden'), in tegenstelling tot 'task verbs' (bijvoorbeeld 'zoeken').

28. Usage I, 40–41.

29. Usage II, 509.

30. Usage I, 48: 'Peut-il donc jamais être question de créer un monde? Ne s'agit-il pas uniquement d'étudier celui qui nous habitons?' Aldus Portalis in kritiek op Descartes.

31. Usage I, 45.

sel;³² we kennen nooit de werkelijkheid zelf.³³ Men is als lezer al gauw geneigd om dat een redelijke uitspraak te vinden. Zijn wij er niet minstens al vanaf Kant van overtuigd dat onze kenvermogens een soort gekleurde en vervormdende bril zijn en dat datgene wat we voor de werkelijkheid houden altijd mede het effect van die bril is? Portalis bedoelt iets anders: hij zegt dat we slechts afzonderlijke *eigenschappen* van de natuur kennen, niet de *drager* van die eigenschappen, de natuur zelf.³⁴ Of ook wel – wat op hetzelfde neerkomt – dat we ons slechts een beperkt begrip van al die eigenschappen kunnen vormen. Maar de eigenschappen zijn wel degelijk objectieve realiteit, eigenschappen van de natuur zelf. En hoe meer we door ‘bon sens’ en door meer geregimenteerde methoden van ervaring de verbanden tussen de afzonderlijke eigenschappen leren zien, hoe gefundeerder we ons op ‘de natuur’ kunnen beroepen ook al blijft zij zelf voor ons oog verborgen. ‘We kennen niets volledig, maar ik voeg eraan toe dat wat wij kennen van elk geheel, dat wil zeggen van elk object, werkelijk bestaat in het object zelf: onze kennis is beperkt, maar het is geen fictie.’³⁵

Hoe Portalis dat weet? Wel, dat is in zijn perspectief de verkeerde vraag. Een gezonde filosofie wordt nu juist gekenmerkt doordat ze van dit standpunt zeker is. Wie wil weten hoe we aan die zekerheid komen is al betoverd door de ‘faux esprit philosophique’. In laatste instantie is die zekerheid een innerlijk gevoel; en een gezonde filosofie is nu juist een filosofie die dat gevoel houdt voor een signaal om met verder redeneren op te houden.³⁶ Het is het teken dat we ons in onmiddellijk contact met de werkelijkheid bevinden.

Eigenlijk hebben we zojuist dan ook een verkeerde voorstelling van zaken gegeven. Uiteindelijk staan kennend subject (‘bon sens’) en gekend object (‘nature’) niet tegenover elkaar: ‘*Ervaring en natuur*

32. ‘Le mot de ce grande énigme, que nous appelons la nature, nous échappe’. *Usage* I, 46.

33. ‘Nos connaissances n’étant que le produit de nos sensations, l’origine et l’essence des êtres sont nécessairement inaccessible à notre intelligence. De là, nous nous sommes résignés à ignorer ce que c’est que la matière en soi. Nous avons cru devoir nous réduire à étudier les qualités et les rapports qui nous la rendent sensible.’ *Usage* I, 54. Vgl. I, 131.

34. Hij maakt aldus het klassieke filosofische onderscheid tussen substantie en accidenten.

35. *Usage* I, 131.

36. ‘La certitude peut être préparée par le raisonnement; mais elle la termine.’ *Usage* I, 134.

zijn, in bepaalde opzichten, twee synonieme woorden', zegt Portalis, 'want de ervaring is de band van de mens met de natuur.'³⁷ Filosofie, gezonde filosofie, filosofie in dienst van mens en maatschappij, kan dan ook niets anders zijn dan ontvouwing van deze ervaring. Haar onbevooroordeeld karakter kan slechts hierin bestaan dat zij de orde die in de natuur zelf reeds aanwezig is zo inzichtelijk mogelijk maakt, zonder er zelf ook maar iets aan toe te voegen. Telkens benadrukt Portalis daarbij het gevaar van voortijdige generalisatie en systematisatie. De verwijzing naar de instantie van 'de natuur' en naar de 'zuivere intuïtie' heeft dan ook twee functies:

a) het bezweren van elke voortijdige aanspraak op een absoluut weten omtrent het uiteindelijke doel en de ware aard van de maatschappij;

b) het wijzen op een onpasseerbare basis waarop elke aanspraak op kennis omtrent doel en aard van de maatschappij gefundeerd moet worden.

Die functies laten zich filosofisch niet gemakkelijk verenigen: de eerste wil precies datgene aantasten wat de tweede wil veiligstellen. Maar ze zijn perfect te begrijpen tegen de achtergrond van Portalis' eclectische gebruik van de filosofie: zijn verzet tegen 'de geest van de revolutie' en haar tirannieke trekken. Hij omschrijft die revolutionaire geest als '(...) het overspannen verlangen om alle rechten met gebruik van geweld aan een politiek doel op te offeren en geen andere overweging meer toe te laten dan die van een mysterieus en wisselend staatsbelang.'³⁸ Enerzijds moet elke aanspraak in naam van een absoluut politiek weten tegengehouden kunnen worden; want dat weten legitimeert revolutie. Anderzijds moet het kritiseren van zulke aanspraken zelf in absolute zin gefundeerd blijven; want anders is elke kritiek uiteindelijk relatief en dus onschadelijk en elke revolutie bij voorbaat gelegitimeerd. De filosofische grondslag van de twee retorische strategieën is echter innerlijk tegenstrijdig: een kritiek op elke vorm van absoluut weten die zelf een absoluutheidsaanspraak heeft graaft haar eigen graf. Portalis schakelt de filosofie niet in om deze tegenstrijdigheid door nieuwe

37. '(...) car l'expérience est la société de l'homme avec la nature.' *Usage* I, 136.

38. Aldus *Usage* II, 495 (dus helemaal op het einde) en *Discours préliminaire*, 465 (dus helemaal aan het begin). Vgl. over het 'mysterieuze staatsbelang' ook *Usage* II, 108.

denkpogingen uit de weg te gaan en bijvoorbeeld het probleem anders te formuleren. Hij schakelt zijn filosofische betoog in zoals dat voor het gewenste anti-revolutionaire politieke effect het best uitkomt. Wie terwille van de revolutie een 'ware orde' predikt, wordt door Portalis geconfronteerd met het pleidooi dat de ware orde niet kenbaar is. Wie revolutionaire munt wil slaan uit die onkenbaarheid, vindt de stelling op zijn weg dat de natuur en de zuivere intuïtie een ware, kenbare en onpasseerbare orde vertonen. Frappant in dat verband is dat Portalis enerzijds in zaken van recht, moraal en politiek het gissend karakter van onze kennisanspraken onderstreept,³⁹ maar op een ander moment ook kan zeggen dat onze kennisanspraken op die gebieden veel zekerder zijn dan die bij de feitenwetenschappen.⁴⁰ We kunnen immers vertrekken vanuit een innerlijk 'instinct' als basis voor een natuurlijke moraal.

Dit alles wordt van belang wanneer we in het *Discours* verwijzen naar de natuur en naar het natuurrecht vinden die een nogal apodictisch karakter hebben. De meest opmerkelijke is wel deze: 'Wanneer niets van wat aanvaard of bekend is richting kan geven, wanneer het om een volstrekt nieuw feit gaat, dan grijpt men terug naar de beginselen van het natuurrecht. Want, is de vooruitziendheid van de wetgever beperkt, de natuur kent geen beperkingen; zij is van toepassing op al wat mensen kan aanbelangen.' Ik kom op deze uitspraken nog terug in de laatste paragraaf.

5. De basis van het recht: Portalis en Rousseau

Waarvoor de jurist Portalis de filosofie eigenlijk inhuurt kunnen we nog scherper zien wanneer we instellen op de vraag naar de verbindende kracht van het recht. In het *Discours* valt op, dat deze vraag beantwoord wordt in termen die sterk aan *Du contract social* van Rousseau doen denken, terwijl de invulling ervan eerder een eerbetoon aan Montesquieu lijkt te zijn. Zo wordt de wet genoemd 'een plechtige verklaring van de wil van de soeverein met betrekking tot een zaak van algemeen belang'; zo zijn er de opmerkingen over het genie van de wetgever, het onderscheid tussen wetten en verordeningen, de samenhang der wetten. Bij de presentatie van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek is kennelijk het Rousseau-idi-

39. *Usage* I, 37 v. Vgl. II, 51.

40. *Usage* II, 59 vv.

oom al zozeer geworden tot het officiële taalgebruik om de verworvenheden van 'de revolutie' te articuleren, dat zelfs een *Anti-Rousseau* in die taal geformuleerd moet worden. Dat vermoeden kan reeds steunen op lezing van de constitutie waaronder het Ontwerp tot stand kwam; ze wordt krachtig bevestigd als men *De l'usage et de l'abus* leest.

De vraag naar de verbindende kracht van het recht komt aan de orde vanaf hfdst. XXVI, op ongeveer driekwart van het boek. De kennisfilosofie is dan in den brede uiteengezet, de uitgangspunten van een 'verlichte Verlichtingsfilosofie' zijn vastgesteld. Ook heeft Portalis al laten zien dat deze filosofie in staat is de schone kunsten hun plaats te wijzen, de goede van de slechte geschiedschrijving te onderscheiden, de ingangen tot een natuurlijke moraal te vinden en het christendom aan te merken als de religie die het meest overeenkomt met 'een gezonde filosofie'. Nu zijn dan de heilzame effecten van de filosofische denktrant in zaken van wetgeving, politiek en recht aan de beurt.

Nadat Portalis heeft vastgesteld dat er op dit gebied eigenlijk tot in zijn dagen van een helder weten geen sprake is geweest – wetgeving, bestuur en recht waren overgeleverd aan de duisternis van pure gewoonte of pure macht⁴¹ – laat hij zijn troefkaart meteen zien. 'De ware wetenschap inzake wetgeving en bestuur is niets anders dan de kennis van de rechten van de mens, wijs gecombineerd met de behoeften van de samenleving.' Montesquieu is van die wetenschap de eigenlijke grondlegger, maar hij was zijn tijd ver vooruit en werd niet begrepen.⁴² Toch heeft Portalis kritiek op Montesquieu. Juist datgene wat wij tegenwoordig het meest treffend vinden in *L'esprit des lois* – de hypothese van een contingente wetmatige samenhang tussen een politiek bestel, maatschappelijke waarden en allerlei feitelijke gegevenheden als grondslag van recht en beleid – daar ziet Portalis weer een te grote invloed van het systeemdenken. Maar voor het overige acht hij Montesquieu de Newton van de rechtswetenschap.⁴³ Wie de aantekeningen bij de vertaling van het *Discours* doorneemt, zal overigens vanaf het eerste

41. *Usage* II, 261–267, voortgezet vervolgens tot 275.

42. Vgl. *Usage* II, 276, waar ook de definitie van de term 'wetenschap' te vinden is: '(...) une suite de vérités liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps plus ou moins complet de doctrine ou de système, sur quelque'une des branches principales de nos connaissances'.

43. *Usage* II, 283.

Montesquieu-citaat tot de bevinding komen dat Portalis omtrent Montesquieu meer reserves had dat hij in zijn openlijke lofrede doet voorkomen en dat ook Montesquieu gebruikt wordt naargelang het uitkomt.

Heel anders valt het oordeel over Rousseau uit, tenminste de Rousseau van *Du contract social*. Daar vindt men een 'steriele en verwarringwekkende metafysiek'. Blijkens het vervolg valt Rousseau onder de adepten van de 'esprit de système', die zoveel 'gevaarlijke dwalingen' op de weg van de ontluikende wetenschap inzake staat en recht heeft geworpen en die met 'overdreven en absurde theorieën' de wijze lessen van de ervaring heeft overschaduwt.

Met Rousseau maakt de gezonde filosofie korte metten.⁴⁴ Samengevat komt de strafexpeditie van Portalis hierop neer.

a) *De natuurtoestand*. De idee van de natuurtoestand is een hypothese die op geen enkel ervaringsfeit steunt. Daartegenover zijn er tal van feiten die aantonen dat de natuurlijke toestand van de mens bestaat in het samenleven met andere mensen, ook al is de vorm van die samenleving aan ontwikkeling (lees: vooruitgang – civilisatie) onderhevig geweest.⁴⁵ Al snel wordt duidelijk waarom Portalis deze idee zo fervent afwijst: daaruit komen allerlei overdreven ideeën voort omtrent mensenrechten, individuele onafhankelijkheid, verzet tegen burgerlijke en politieke instituties. Hier ligt de kwaadaardige kiem van een onaantastbaar gedachte aanspraak in zaken van recht en politiek. We zagen reeds dat heel het streven van Portalis erop gericht is zulke aanspraken te keren.

b) *Het maatschappelijk verdrag*. De idee van het maatschappelijke verdrag is een gedachten-constructie, die de aard van de samenleving ten diepste miskent. 'De samenleving is geen overeenkomst, maar een feit'.⁴⁶ Zij is niet tot stand gekomen door een eenmalige en formele akt, maar door natuurnoodzakelijke en toevallige ont-

44. In *De l'usage* is deze kritiek scherper dan de tekst van het *Discours* doet vermoeden. In deze laatste past Portalis zich vermoedelijk aan aan het idioom dat ook in de nadagen van de revolutie nog gangbaar was, juist om de continuïteit tussen vrijheidsideologie, revolutie en codificatie te symboliseren.

45. Portalis moet dan ook helemaal niet hebben van de gedachte van de natuurtoestand als een verloren paradijs. Vgl. *Usage* II, 298vv. Elders (II, 338n) blijkt overigens dat hij zich zeer goed bewust is van het feit dat het hier om een gedachten-constructie gaat.

46. *Usage* II, 300.

wikkelingen. Ook hier is de reden van Portalis' verzet duidelijk. De gedachte van het maatschappelijk verdrag fungeert bij Rousseau⁴⁷ als basis voor de gedachte van de souvereiniteit van het volk. Die gedachte vindt Portalis onverdedigbaar. Hij is verlicht genoeg om niet terug te keren naar het model van een onmiddellijk werkend 'droit divin', waarop de overheid zich zou kunnen beroepen. Het onverdedigbare zit in het maatschappelijk verband zelf. De mensen leven van nature samen; en al evenzeer van nature hebben zij in die samenleving een oppermacht nodig.⁴⁸

Hoe valt dat in te zien? De redenering is als volgt⁴⁹

(1) Het meest fundamentele recht van ieder mens is het recht op zelfbehoud.

(2) Maar omdat de mens van nature in een samenleving leeft, *moet* hij voor anderen hetzelfde respect opbrengen als waarop hij zelf aanspraak maakt inzake zijn zelfbehoud.

(3) Dus verenigbaarheid van aanspraken of belangen is een belang van hogere orde: het algemeen belang of sociaal belang. De zorg om dit algemeen belang is de zorg van de samenleving voor haar zelfbehoud.

(4) Daarvoor kan echter de samenleving als samenleving niet zorgen tenzij ze veronderstelt ('suppose') dat er zowel een *band* is die de mensen verenigt, alsook een *macht* die deze band handhaaft en ieder binnen de grenzen van zijn rechten houdt. Deze macht is de soeverein.

Raken deze tegenwerpingen Rousseau? Naar mijn mening in geen enkel geval. Rousseau vroeg zich juist af

(1) hoe het streven naar zelfbehoud een 'recht' genoemd zou kunnen worden om de rechtsorde op te baseren als er pas in een rechtsorde van rechten sprake kan zijn;

(2) hoe er sprake kan zijn van een plicht tot wederzijds respect als de samenleving alleen maar een natuurlijk feit is;

(3) of we niet een onderscheid moeten maken tussen verenigbaarheid van belangen op kwalitatieve basis (*volonté generale*) en op kwantitatieve basis (*volonté de tous*);

(4) of er vrijheid in de samenleving kan bestaan als de leden in

47. Niet bij andere auteurs overigens.

48. *Usage* II, 308 vv. Er is sprake van een onrechtstreeks 'droit divin', inzoverre deze natuurlijke orde een scheppingsorde is.

49. *Usage* II, 310 vv.

hun kwaliteit van burgers niet de macht over de samenleving kunnen blijven uitoefenen.

Op één punt zijn Rousseau en Portalis het eens. Portalis zegt het in alle duidelijkheid: de samenleving kan niet als *bestaande* samenleving gedacht worden zonder dat daarmee tegelijkertijd de politieke organisatie van die samenleving gedacht wordt: en die politieke organisatie kan niet anders gedacht worden dan als constitutie van een publieke hoogste macht die belast is met het handhaven van de eenheid van de leden van de samenleving.

c) *De soevereiniteit*. Hieruit volgen consequenties ten aanzien van de soevereiniteit: deze is onvervreemdbaar en ondeelbaar. Dat zegt Rousseau ook, maar Portalis zet deze kenmerken in een heel andere toonaard.⁵⁰ Juist omdat de soevereiniteit onvervreemdbaar en ondeelbaar is, moet zij volgens Portalis wezenlijk gedacht en ingesteld worden als *regering*. De soevereine macht kan niet berusten bij de verzameling burgers die de wetten vaststelt, waarop de regering deze in opdracht uitvoert. De regering is niet anders dan de institutionele keerzijde van de soeverein: de soevereiniteit in actie.⁵¹ Anders gezegd: de soevereiniteit is een (publieke) macht, en een publieke macht zonder institutionele handen en voeten is geen macht, maar slechts een 'metafysisch wezen'.⁵² Rousseau's opvatting is gevaarlijk, want ze levert de samenlevingsband over aan constante onderlinge oppositie en conflict, dus ontbinding en verval. De soevereiniteit is in de eerste plaats de macht *over* de samenleving, niet de macht *van* de samenleving.⁵³

Aan die ene overheidsmacht van soeverein/regering komt volgens Portalis het recht van wetgeving toe. Bij de uitoefening van dat recht kan het volk via vertegenwoordigers in meer of mindere mate worden betrokken. Want zonder *medewerking* van de 'bevolking' komt geen wet tot stand of ten uitvoer.⁵⁴ Maar er bestaat niet zoiets als 'de wil van het volk' die in de wetgeving zou worden neergelegd. Want, nogmaals, de soevereiniteit kan niet gedacht wor-

50. Hoewel hij terloops wel duidelijk maakt dat hij een *verdeling* van de overheidsmacht in de geest van Montesquieu, evenals Rousseau ondenkbaar acht.

51. *Usage* II, 317.

52. *Usage* II, 318.

53. 'La société n'existe pas avant que le pouvoir souverain soit réuni en de de certaines mains; car il ne sauroit y avoir de faisceau sans lieu et le gouvernement est ce lieu.' (*Usage* II, 320–321)

54. *Usage* II, 325; 327.

den vanuit de categorie ‘volk’, omdat het volk slechts als eenheid gedacht kan worden vanuit de categorie van de publieke macht, de soevereiniteit. Vanaf het eerste moment van zijn bestaan denkt ‘het volk’ zich vanuit een punt van oorsprong buiten of boven zichzelf een stichter of een bevrijder.⁵⁵ Van zichzelf uit kan een volk zich niet als een eenheid zien. Dat neemt niet weg dat het in feite wel eens met grote homogeniteit kan optreden, bijvoorbeeld om een tiran te verjagen. Dat neemt ook niet weg dat ‘de geest van een natie’ *in stilte* voortdurend verandert en dat elke wetgever op die verandering moet inspelen.⁵⁶ Het betekent dat een volk zichzelf niet kan instellen *als* datgene waar het nu precies om vraagt. Het vraagt immers om de macht achter de wet van alle wetten: de wet dat de wetten geëerbiedigd moeten worden.⁵⁷ Die wet der wetten stelt Portalis elders gelijk met de openbare rust of orde.⁵⁸

d) *De vrijheid en gelijkheid*. Dat brengt ons op een laatste punt waarop Portalis afstand wenst te nemen van Rousseau. Diens pleidooi voor vrijheid en gelijkheid leidt tot misverstand en misbruik, als niet wordt ingezien dat de kern van de vrijheid bestaat in de *zekerheid* dat men zijn wil kan realiseren en zijn belangen behartigen. De gelijkheid bestaat in die zekerheid *voor ieder*. Slechts in afgeleide zin heeft vrijheid iets te maken met ‘onafhankelijkheid’ – men is immers altijd op anderen aangewezen. Slechts in afgeleide zin ook heeft vrijheid te maken met de participatie aan de publieke macht. Immers de genoemde zekerheid is slechts mogelijk onder de wet.

6. Zekerheid, bezit en eigendom

Vanaf hier, nu Rousseau aan de kant is gezet,⁵⁹ neemt het betoog van Portalis in *De l’usage et de l’abus* een wending die rechtstreeks uitloopt op een verdediging van de private eigendom. Eigenlijk

55. *Usage* II, 325–320.

56. Deze gedachte (*Usage* II, 333) kan men nagenoeg letterlijk aantreffen in Von Savigny’s *Benifschrift*.

57. ‘(...) la loi suprême est de respecter les lois.’ (*Usage* II, 332)

58. ‘La première de toutes les lois, celle de la paix et de la tranquillité (...).’ *Usage* II, 320; vgl. 334.

59. Op p. II, 363 staat echter nog een adhesiebetuiging aan Rousseau’s adres: dat we aan de menselijke instituties niet een volmaaktheid moeten toelichten waarvoor zij niet vatbaar zijn. Zie *Du Contract social*, III, 4, laatste zin.

gaat het bij vrijheid om twee dingen, zegt hij: één is de zekerheid van ieder om zijn belangen te kunnen behartigen; een ander is – het klinkt triviaal – dat men een belang heeft om te behartigen, met andere woorden: bezit. Wie niets te verliezen heeft, heeft aan rechtszekerheid niets en wie geen rechtszekerheid kent, heeft niets aan zijn bezit.⁶⁰

In feite maskeert Portalis door deze schijnbare trivialiteit een belangrijke filosofische keuze. Wat hij doet is: in de term ‘zelfbehoud’ het woord ‘zelf’ vervangen door ‘bezit’. Bij ‘zelfbehoud’ als basis van de politieke vrijheid kan men nog de vraag stellen of dat ‘zelf’ niet een loze term blijft zolang men niet over de politieke vrijheid beschikt om haar in te vullen en of dus de politieke vrijheid toch niet begrippelijk aan ‘zelfbehoud’ vooraf moet gaan.⁶¹ Maar wanneer voor dat ‘zelf’ de categorie van het bezit (‘het mijne’) in de plaats wordt gesteld, verdwijnt die mogelijkheid uit het zicht. Politieke orde wordt dan instrument voor bezitshandhaving, en daarmee instrument voor de handhaving van een voor natuurlijk verklaarde orde van ongelijkheden.

Vandaar dat de overheidsmacht weliswaar daadkrachtig de burgerlijke vrede moet handhaven, maar tegelijk ook terughoudend (‘modéré’) moet zijn. ‘De meest vrije republikeinse constitutie is die waaronder enkel door de kracht van de instituties de burger gehoorzaamt aan de overheid en de overheid aan de wet; en waar de wet zodanig heerst dat geen enkele burger een andere kan onderdrukken en geen enkele belangengroep de staat in beroering kan brengen’ ...⁶² Deze vrijheid is tegelijkertijd de enig zinvolle invulling van de term ‘gelijkheid’: dat *niemand* de willekeurige aantasting van zijn bezit hoeft te vrezen *ondanks* de ongelijkheden (verschillen) die er tussen de mensen *van nature* zijn. Het gaat dus in een rechtvaardige politieke orde om het *afzwakken* van al te grove gevolgen van ongelijkheid. Ongelijkheid in talenten, in krachten, in verlangens, maar ook in rijkdom⁶³ beschouwt Portalis hierbij als ‘natuurlijk’. Ieder moet beschermd worden door de wet *volgens zijn*

60. *Usage* II, 345.

61. Vgl. B. VAN ROERMUND, *Themis' terzijde. Omtrekken van rechtsfilosofie*. Nijmegen, Ars Aequi Libri (1990), p. 28–33.

62. *Usage* II, 349. ‘(...) ou la loi a un tel empire (...)’ – Dworkin’s titel *Law’s Empire* komt niet uit de lucht vallen.

63. *Usage* II, 355.

positie; en wat de armen betreft moet de wet de te harde kanten daarvan afslijpen door een goed systeem van caritas.⁶⁴

Van een oorspronkelijke menselijke gelijkwaardigheid, verbonden met de idee van een oorspronkelijk gemeenschappelijk bezit van de aarde, wil Portalis niet weten. Anders dan Kant⁶⁵ zegt hij dat niemand de toestemming van anderen nodig heeft om 'de plichten te vervullen die aan onze natuurlijke bestemming verbonden zijn',⁶⁶ d.w.z. de zorg van ieder voor zijn zelfbehoud en dus het recht/de plicht van toeëigening. De wetten en de staat hebben hier slechts een waarborgfunctie, geen toedelingsfunctie. Portalis gaat zover in zijn nadruk op het bezitsrecht dat hij het beschouwt als voorafgaand aan de vorming van elke politieke gemeenschap.⁶⁷ Dat mag toch wel in zoverre merkwaardig heten, dat hij daarmee de gedachtengang van filosofen die een 'natuurtoestand' postuleerden, aardig dicht lijkt te naderen, ondanks zijn eerdere kritiek. Want geen andere instantie dan 'de natuur' is het die voorafgaand aan de publieke orde (dus de soevereiniteit) rechten en plichten toedeelt. Men kan zich zelfs afvragen of Portalis niet uiteindelijk, wanneer dat zo uitkomt, de theorie van het maatschappelijk verdrag binnenhaalt. Letterlijk staat er: '(...) we kunnen het niet voldoende herhalen: de mensen vormen slechts een gemeenschap om elkaar wederkerig de veiligheid van hun bezit te waarborgen'.⁶⁸ Er blijft echter een verschil: bij Rousseau vormt de wederkerige waarborg ook de *voorwaarde*, niet enkel het doel van de gemeenschapsvorming. Maar is dat verschil wel zo groot? Het *stellen* van het doel (onderlinge waarborg) is ook bij Rousseau het moment van aansluiting.⁶⁹ Ook in de strafrechtelijke context duikt Rousseau ongenoemd weer op, in termen die aan het *Contract social* herinneren. Krijgt een misdadiger de doodstraf, zegt Portalis, dan moet hij zich niet beklagen over de wet die deze straf oplegt, want die is alleen maar gemaakt tot zijn voordeel. Juist om niet het slachtoffer te worden van een moordenaar te worden *heeft hij ingestemd* met de vernietiging van degenen die zich schuldig maken aan moord. De burger die door

64. *Usage* II, 361.

65. Zie hierover b.v. KR. KÜHL, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung, Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre*. Freiburg – München, Alber (1984).

66. *Usage* II, 367.

67. *Usage* II, 368.

68. *Usage* II, 385.

69. Vgl. ROUSSEAU, *Du contract social*, I, 6.

zijn *formele of veronderstelde toestemming meewerkt aan de uitvaardiging van de strafwetten*, vraagt dus helemaal geen persoonlijk offer.⁷⁰ Kan men de soevereiniteitsgedachte van Rousseau duidelijker aanhangen? Onmiddellijk daarop echter schakelt Portalis weer terug (tegen Beccaria) naar het natuurlijk recht van zelfverdediging van de gemeenschap.

Pas in de laatste hoofdstukken van *De l'usage et de l'abus* blijkt de verklaring te vinden voor Portalis' eclectische filosofie, die nu eens dit, dan weer dat wijsgerig register opentrekt al naargelang het doel waar hij uit wil komen. Daar vraagt Portalis zich af 'door welke omstandigheden de filosofen een macht geworden zijn in ons bestel'. Zijn antwoord getuigt van een bijna paranoïde vermoeden van samenzwering. Eerst vond de overheid het wel mooi: de filosofen waren in staat de geestelijkheid in naam van de rede haar politieke gezag te ontnemen.⁷¹ Pas toen het (bijna?) te laat was heeft men het ondermijnend karakter van die filosofen-macht begrepen: steeds duidelijk greep de positieve wetenschap in het algemeen en de filosofie in het bijzonder aan op het politieke proces, ook het proces van wetgeving. Met name ergert Portalis zegt aan het 'fanatisme philosophique',⁷² dat op intolerante wijze de tolerantie preekt, altijd verdere argumenten wil horen en steeds gezagsuitspraken kritisch bejegend. Overigens geeft hij toe dat er sprake is van een wisselwerking: de verslachte tijdgeest heeft de filosofen tot deze vrijzinnigheid gebracht.⁷³ Maar hoe dat ook zij, de mateloosheid⁷⁴ van die tijdgeest en van de filosofie, de idee dat alles wat heilig is met snedige opmerkingen tegen het licht van de rede gehouden kan worden, de pertinentie van de eeuwige discussie en haar epifenomeen 'de publieke opinie',⁷⁵ dat alles wil Portalis aan de kaak stellen. De gevaarlijke *passie* van het 'filosofisme'⁷⁶ in zaken van politiek en recht is tenminste mede-verantwoordelijk voor de gruwelen van de revolutie.

70. *Usage* II, p. 393–394.

71. *Usage* II, 433.

72. *Usage* II, 447.

73. *Usage* II, 469.

74. *Usage* II, 476.

75. Hij wijst op de verandering in dat laatste begrip; het gaat niet meer om de homogene overtuigingen van een volk, maar om het gebabbel van spraakmakers. *Usage* II, 471; 478 vv.

76. Vgl. *Usage* II, 482; 485.

7. *Filosofie in het Discours*

De filosofie beschouwt Portalis als ‘een uiterst actieve kracht die altijd met een zekere maatvoering moet worden aangewend⁷⁷’. Niet minder dan de passies⁷⁸ moet zij ingetoomd, niet minder dan het recht moet zij om zo te zeggen gecodificeerd worden. Het *Discours préliminaire* kan in belangrijke mate gezien worden als een codificatie van de filosofie die bij het Burgerlijk Wetboek past. Uit de lectuur van *De l’usage et de l’abus* kan men leren wat daarvan de inzet is: ‘De maatschappij bestaat niet voordat de soevereine macht in bepaalde handen is verenigd: want er kan geen sprake zijn van een bundeling zonder plaats, en die plaats is de regerende overheid.’⁷⁹

Het zou ongetwijfeld goedkoop zijn om deze uitspraak ‘[pas] de faisceau sans lieu et ce lieu est le gouvernement’ te associëren met politieke theorieën die de *fascies* in hun vaandel voeren. Al was het alleen maar omdat de eerste helft ervan waarschijnlijk onontkenbaar waar is. Inderdaad, geen bundeling van een maatschappij tot een politieke orde zonder ‘plaats’, dat wil zeggen zonder een verwijzing naar een oorsprongspunt van ordening dat symbolisch gesitueerd wordt buiten die maatschappij en vanwaaruit zij zichzelf als een begrensde ordening in onderscheidenheid van andere ordeningen identificeert en naam geeft.⁸⁰ De notie ‘plaats’ kan daarbij niet anders dan in Aristotelische zin verstaan worden: namelijk als datgene wat vanuit het interne handelingsperspectief van een actor als een onbewegelijke omringende begrenzing wordt gezien.⁸¹ Van

77. *Usage* II, 476.

78. Zie het opstel van Tanghe in dit boek.

79. ‘La société n’existe pas avant que le pouvoir souverain soit réunit en de certaines mains; car il ne sauroit y avoir de faisceau sans lieu et le gouvernement est ce lieu.’ (*Usage* II, 320–321)

80. Aldus – zij het in verschillende bewoordingen en met verschillende accenten – Castoriadis, Ricoeur, Lefort gedurende de laatste decennia. Voor een systematische bespreking zie men bijvoorbeeld R. FOQUÉ – A.C. T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*. Arnhem, Gouda Quint / Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen (1990). Voor Lefort meer in het bijzonder D. LOOSE, ‘Claude Lefort: een politieke filosofie van de mensenrechten.’ In: *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 18:130–157 (1989) en F. TANGHE, ‘Claude Lefort over het symbolische van recht en macht.’ In: W.J. WITTEVEEN, P. VAN SETERS, G. VAN ROERMUND (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?* Zwolle, Tjeenk Willink (1991).

81. Vgl. ARISTOTELES, *Physica*, IV, 4, 211 b.

zulk een omgrenzing zegt Portalis dus dat ze per definitie 'gouvernement', regerende overheid is. Dit betekent dat het wezenlijke, of het eigene, van de politiek uiteindelijk gesitueerd dreigt te worden in feitelijk machtshandelen. Het betekent ook, dat het bezwaar van Portalis tegen rechtsvorming onder de revolutie buitengewoon betrekkelijk wordt. Portalis wantrouwt aan het begin van het *Discours* het exclusief politiek karakter van dat revolutionaire recht: 'alles wordt publiek recht'. Maar als hij zijn eigen theorie van de maatschappij ernstig neemt, dan is ook onder de contra-revolutie alle recht publiek recht en rechtstreekse reflex van politieke machtsverhoudingen.

Foqué heeft in verschillende publicaties⁸² erop gewezen dat hier de kiemen liggen van een legalistische rechtsopvatting – een rechtsopvatting die bepaald niet beperkt is tot de zogenaamde Exegetische School. Als kenmerken van dit legalisme beschouwt hij

1) Een (verborgen) 'etatisme', waarbij het recht verschijnt als toepassing van de staatswet en de staatswet als een bevel van overheidswege.

2) Een (verborgen) instrumentalisme, waarin het recht verschijnt als een middel tot verwerkelijking van de 'natuur' van de samenleving.

3) Een (verborgen) systeemdenken, waarin de natuur zelf het systeem eens en vooral *uitsluit* als denkorde en *insluit* als zijnsorde.

4) Een afbeeldingsdenken dat als een vangnet onder alle vorige kenmerken dient om te verzekeren dat het recht zelfs in zijn meest aperte machtsuitoefening niets anders is dan een weerspiegeling van de natuur.

Op deze analyse fundeert Foqué zijn stelling dat in het codificatie-project van meet af aan een dubbelzinnigheid aanwezig is. Het wil enerzijds de revolutie terzijde stellen onder verwijzing naar een onomstotelijke natuurlijke orde, anderzijds de revolutie voltooien onder verwijzing naar de onbetwistbare verworvenheden ervan op de orde van het *Ancien Régime*. Wat 'bevel' of 'beschrijving' is, wat 'middel' of 'doel' is, wat 'systeem' of 'natuur' is, wat 'plaats' of

82. Het belang van het recht. In: J. ELDERS en E. BRUGMANS (red.) *Recht en legitimiteit*, Serie Rechtstheorie 5, Zwolle, Tjeenk Willink (1987); FOQUÉ, R. – A.C. 'T HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*. Arnhem, Gouda Quint / Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen (1990).

‘handeling’ is – dat verschilt telkens naarmate het ene dan wel het andere perspectief op de revolutie voorop staat. Geen wonder dat deze verwarring in latere juridische dilemma’s, paradoxen en problemen een sociaal-politieke gevaarzetting oplevert.

Deze analyse is buitengewoon terzake voorzover ze de kenmerken van het legalisme en de kiemen daarvan bij Portalis betreft. Zij is bovendien verhelderend juist daar waar kritiek op ‘legalistisch’ rechtsdenken zelf weer gelijkaardige kenmerken gaat vertonen. Toch laat zich de vraag stellen of Portalis zelf er niet aan ontsnapt. Het kan ook anders gevraagd worden: heeft de kritiek van Portalis op de paradigma’s van de Verlichtingsfilosofie behalve haar dubbelzinnige strategische inzet ook een kern van wijsgerige houdbaarheid? Spreekt hier wellicht het impliciete filosofische weten van het recht tegen het expliciete filosofische weten van de Verlichtingsfilosofie, zij het in een filosofisch onsamenhangend idioom?

Is er ruimte voor die vraag? Ongetwijfeld, want de kritische analyse van de vooronderstellingen bij Portalis kan niet anders zijn dan een reconstructie *de re* van wat hij *de dicto* uitdrukkelijk tegenspreekt. Anders gezegd: het woord ‘verborgen’ in de drie eerste kenmerken die Foqué van het legalisme geeft, moet ingevoegd worden op gezag van de criticus (die daarvoor overigens heel goede argumenten heeft). We hebben gezien dat Portalis juist tegenspreekt dat de wet louter overheidsbevel zou zijn; integendeel, de wet is volgens hem een epifenomeen van de universele rede en een algemene uitspraak over het algemeen belang. We hebben ook gezien dat Portalis een louter instrumentele opvatting van recht en wet tegenspreekt, in zoverre hij pleit voor een luisterende houding ten opzichte van de natuur van de samenleving en juist niet predikt wat wij tegenwoordig de ‘maakbaarheid’ van de samenleving zouden noemen. We hebben gezien dat het verzet tegen elke vorm van systeem-denken – zelfs de weinige sporen ervan in de zo bewonderde Montesquieu – bij Portalis op elke pagina van *De l’usage* en in elke voorgestelde titel van het Burgerlijk Wetboek aanwezig is. En afbeeldings-denken tenslotte? Inderdaad: afbeeldings-denken; maar of men daarin een hypostasering van de (maatschappelijke) werkelijkheid wil zien dan wel een ontvankelijkheid voor het anders-zijn van die werkelijkheid, dat hangt helemaal af van hoe men de drie eerder genoemde kenmerken leest. Met het woord ‘verborgen’ wordt de toetsing van die lezing gecompliceerd: daarmee

wordt uitgedrukt dat Portalis precies *dat* denkt wat hij denkt *niet* te denken.

Daar bestaat geen principieel bezwaar tegen: interpretatie verloopt altijd in de indirecte rede en daarin voegt het woord van de interpretator zich noodzakelijk tussen de woorden van de geïnterpreteerde tekst. Waar het om gaat is, of aan die woorden recht wordt gedaan wanneer ze gereconstrueerd worden binnen een genealogie van (in dit geval) het rechtsbegrip van het hedendaagse recht. Als we zouden moeten toegeven, dat we nooit voldoende grond kunnen hebben om juist *dat* rechtsbegrip als uitgangspunt van reconstructie te nemen (hoewel we niet anders kunnen), dan moeten we ook uitdrukkelijk de mogelijkheid onderzoeken dat Portalis ons tegenspreekt. Misschien levert dat onderzoek geen of weinig resultaat op; en zeker wordt het gefrustreerd doordat het eventuele resultaat zelf weer het produkt van interpretatieve, reconstructieve arbeid is. Maar juist omdat we zelf nooit helemaal slagen, moeten we Portalis nooit helemaal laten mislukken.

Wat zou het pertinente van Portalis kunnen zijn? Niemand zal pleiten tegen wijsgerige bedachtzaamheid of diepgaande argumentatie in het politieke beraad. Niemand zal ontkennen dat zulk beraad niettemin dikwijls de neiging vertoont de druk van de actualiteit voorrang te verlenen boven bedachtzaamheid en diepgang, en dus de filosofisch ingestelde deelnemers aan dat beraad naar de marge te drukken. Portalis is het toonbeeld van iemand die niettemin aandringt op die bedachtzaamheid als noodzakelijke voorwaarde voor de kwaliteit van de rechtsvorming. Men zou hem dan kunnen zien – en zo heeft Sagnac dat bijna honderd jaar geleden al eens gezegd⁸³ – als de vertegenwoordiger van de ‘*esprit juridique*’ tegenover de ‘*esprit philosophique*’.

Maar dat pleidooi is slechts een kwestie van gezond verstand. Zijn pertinente kritiek op ‘de’ filosofie ligt dan ook elders. Het is, meen ik, deze: de filosofie dreigt voortdurend te vergeten dat haar eigen rechtsgrond er ook niet zomaar vanzelf is. Ook de filosofie heeft alleen recht van spreken in zover het haar verleend is; en het is maar de vraag of zij zich nog te binnen kan brengen door wie, wanneer, met welke redenen en met welk doel dat gebeurd is. De filosofie die wij de westerse noemen is een aaneenschakeling van

83. Diens *La législation civile de la Révolution* (1899) wordt geciteerd bij L. ADOLPHE, *Portalis et son temps. 'Le bon génie de Napoléon'*. Paris, Sirey (1936), p. 144.

redeneringen, redeneringen zijn ketens van oordelen, oordelen zijn koppelingen van subjecten en predikaten. Die 'schakelingen van ketens van koppelingen' wordt gepresenteerd als de meest expliciete verantwoording van wat 'denken' heet. Het heeft het uiterlijk van een rechtlijnig, zich alsmaar volgens dezelfde principes uitbreidend proces. Wie er langer bij stil staat, ziet de problemen: *wie* koppelt op grond van *wat*? Tot zijn meest eenvoudige vorm teruggebracht is het antwoord van Portalis: de *bon sens* op grond van *la nature*. Dat is het antwoord dat hij geeft als hij zelf tot filosoferen genood of genoopt wordt. Dan gebruikt hij, of hij het wil of niet, de schablonen die nu eenmaal eigen zijn aan wat in het westen 'denken' heet. Wie die schablonen zou weigeren, zou zichzelf diskwalificeren.

Maar dit antwoord kan ook gelezen worden als een tweevoudig uitstel van elk antwoord, in plaats van als een tweevoudige hypostasering van één bepaald antwoord of een weigering om te antwoorden. Men kan de twee termen 'bon sens' en 'nature' ook lezen als limieten van ons denken, waartoe wij wellicht oneindig dicht naderen, maar die we nooit bereiken. Men kan ze zien als symbooltermen voor wat in ons denken over recht en staat altijd afwezig zal blijven: het volstrekt juiste en definitieve oordeel dat aan elke politieke oorsprong ontheven zou zijn. In dat geval zijn het een soort lok-woorden: de zuivere intuïtie kan altijd verder uitgezuiverd worden, de diepe natuurlijke samenhang der dingen kan altijd verder uitgediept worden. Het is het eeuwige heimwee van het westerse denken naar wat De Petter ooit noemde 'de overzijde van het conceptualisme'.

Maar als er die lokroep in gehoord mag worden, dan is er tegelijkertijd een belangrijke implicatie: als geen enkel oordeel definitief is, dan is elk oordeel het produkt van een beslissing om *voorlopig* te stoppen met uitzuivering en uitdieping. Dat is iets anders dan decisionisme. Decisionisme is precies het omgekeerde: namelijk het oordeel dat met een beslissing een definitief einde aan het maatschappelijk proces van uitzuivering en verdieping van de praxis kan worden gemaakt (en dat dat proces dus niet eens een aanvang hoeft te nemen). Het oordeel dat de beslissing van een bepaald iemand de definitieve waarheid omtrent recht en samenleving metterdaad representeert en de beslissing om elk oordeel over de definitieve waarheid van recht en samenleving metterdaad van een vraagteken te voorzien – die twee zaken zijn volstrekt spiegelbeeldig. En als

dat zo is, dan is de vraag aan Portalis: wat constitueert uiteindelijk de rechtsvorming: een overheidsbeleid (*gouvernement*) dat de onafsluitbaarheid van dit proces in de politieke orde levend houdt of een overheid die dit proces ondanks zijn onafsluitbaarheid voortijdig afsluit? Misschien heeft Portalis geprobeerd voor het eerste te kiezen in de bewoordingen van het tweede. In dat geval staat hij – filosofisch gesproken – niet aan de oorsprong van het legalisme, hoezeer hij er – kennissociologisch gesproken – wellicht ook het begin van vormt.